Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen.

Inaugural-Dissertation

einer Hohen Juristen-Fakultät

der Königlichen Friedrich Alexanders-Universität Erlangen

zur Erlangung des Doktorgrades

vorgelegt von

Alfred Baeuchle
aus Göppingen.

Approbiert am 3. Dezember 1910.

Stuttgart 1911.
Druck von A. & W. Maurer.

28

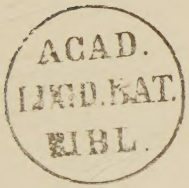
Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen.

Inaugural-Dissertation

einer Hohen Juristen-Fakultät

der Königlichen Friedrich Alexanders-Universität Erlangen

zur Erlangung des Doktorgrades



vorgelegt von

Alfred Baeuchle
aus Göppingen.

Approbiert am 3. Dezember 1910.

Stuttgart 1911.
Druck von A. & W. Maurer.

Referent: Ordentlicher Professor Dr. Philipp Allfeld.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0106

Vorwort.

Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen — dieses Thema ist bereits von den auf Seite 13 genannten Autoren ebenso klar wie eingehend erörtert worden. Wenn hier noch einmal der Versuch gemacht wird, dieses Thema zu behandeln, so geschieht dies nicht etwa, um gegen die bereits vertretenen Ansichten zu polemisieren oder dieselben zu ergänzen. Vielmehr beabsichtigt diese Arbeit im Gegensatz zu den obengenannten, die im wesentlichen auf eine begriffliche Scheidung zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen hinauslaufen, die materielle Seite vom untauglichen Versuch und dem Wahnverbrechen zu untersuchen. Räumlich kommt dabei das Wahnverbrechen ziemlich schlecht weg; einmal deswegen, weil die Versuchsfrage so erörtert worden ist, dass die entsprechenden Folgerungen für das Wahnverbrechen leicht gezogen werden können und ziemlich selbstverständlich sind, sodann aber, weil von einer Erörterung der rein begrifflichen Unterschiede zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen, nachdem eine solche mehrfach stattgehabt, Abstand genommen werden konnte. Die Versuchsfrage selbst wurde nur soweit erörtert als es nötig schien, um einigermassen in das Wesen des Versuchs einzudringen.

Alfred Baeuchle.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Vorwort 5

Erstes Kapitel: Die Grundlagen des Themas . . . . . 13—18

§ 1. Das Problem . . . . . 13—14

Grenzstreit zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen 13 — Weg der Lösung 14.

§ 2. Grundbegriffe . . . . . 14—18

Das Wahnverbrechen 14—15 — Untauglicher Versuch 15 — Untaugliche Mittel 15—16 — Untaugliches Objekt 16—17 — Mangel am Tatbestand 17—18.

Zweites Kapitel: Der untaugliche Versuch . . . . . 18—60

§ 3. Das Problem . . . . . 18—19

Das Gesetz 18 — Subjektivisten 18—19 — Objektivisten 19.

§ 4. Lösungsversuche . . . . . 19—37

Die Gruppierung der einzelnen Lösungsversuche 19—20.

A. Vom Standpunkt des Täters aus . . . . . 20—27

Geyer 21—23 — Havenstein 23—25 — Der Vorsatz beim untauglichen Versuch 25—27.

B. Mit Hilfe der Kausalität . . . . . 27—34

Wesen der Kausalität 27—28 — Feuerbach 28—29 — Die Gegenwart 29—30 — Das Reichsgericht 30—31 — Die Objektivisten, von Kries 31—33 — Voraussetzung der Lösungsversuche mit Hilfe der Kausalität 33—34 — Kohler 34.

C. Lösungsversuche von der Vollendung aus . . 34—37

Allgemeines über die Lösungsversuche 34—35 — Versuch und Vollendung verglichen mit dem Wahnverbrechen 35—37.

§ 5. Ein neuer Lösungsversuch . . . . . 38—55

Der untaugliche Versuch und das Objekt des Verbrechens 38.

A. Feuerbach . . . . . 38—45

I. Seine Begründung der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs 38—39 — II. Die Menschenrechte 39—41 — III. Der Staat der Menschenrechte 41—42 — IV. Die Kultur des Natur-Rechts 42—43 — V. Der untaugliche Versuch und das Natur-Recht 44—45.

B. Entwicklungsansätze in der Zeit nach Feuerbach 45—50

Das Aufkommen der Gütertheorie 45—47 — Gut, Rechtsgut, Interesse und subjektives Recht 47—49 — Köstlin 49—50.

C. Die Gegenwart . . . . . 50—55

Ia. Der Einzelne und der Staat 50—51 — Ib. Interesse des Einzelnen und Staatsinteresse 51—52 — II. Recht und Moral 52—54 — Anmerkung: Bewusstsein der Rechtswidrigkeit beim Vorsatzbegriff 54—55.

§ 6. Bemerkungen zu dem gewonnenen Resultate . . . . . 55—60

I. Eine Interpretationsfrage 55—57 — II. Mangel am Tatbestand 57—59 — III. Das Totbeten 59—60.

Drittes Kapitel: § 7. Das Wahnverbrechen und der untaugliche Versuch. — Bemerkungen de lege ferenda . . . . . 61—64

I. Wahnverbrechen und untauglicher Versuch 61 — II. Wahnverbrechen und Totbeten 61—62 — III. De lege ferenda 62—64.

Literaturverzeichnis.

Ahrens. Natur-Recht. 6. Aufl. 1870.

Allfeld. Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. Erlanger Rektoratsrede. 1904.

— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (sechste völlig umgearbeitete Auflage des Hugo Meyerschen Lehrbuchs). 1907.

von Bar. Gesetz und Schuld im Strafrecht. 2. Band 1907.

Baumgarten. Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1888.

Beling. Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Berner. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16. Aufl. 1891.

Binding. Die Normen und ihre Übertretung. 1. Aufl. 1872/77, 2. Band.

— Handbuch des Deutschen Strafrechts. 1. Band 1885.

Birkmeyer. Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904.

Birnbaum. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. Neues Archiv des Kriminalrechts. 1834, S. 150 ff.

Brunner. Quellen und Geschichte des Deutschen Rechts. Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Holtzendorff-Kohler. 1. Band 1904.

von Buri. Beiträge zur Theorie des Strafrechts usw. Gesammelte Abhandlungen. 1894.

Carlyle. The French revolution, a history. 1834/35.

Cohn. Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen. 1880.

— Die Haftung für den Erfolg im Strafrecht. Juristische Wochenschrift vom 1. August 1903 (XXXII. Jahrg.).

Delaquis. Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung (Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin, herausgegeben von Franz von Liszt. Neue Folge, dritter Band) 1904.

Graf zu Dohna. Der Mangel am Tatbestand (Festgabe für Dr. Karl Güterbock, S. 37—69). 1910.

Eisenmann. Die Grenzen des strafbaren Versuchs. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (citiert Z), Band XIII (1893), S. 454 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. E I, S. 439 ff.; E I, S. 451 ff.; E VIII, S. 198 ff.; E. XVI, S. 112 ff.; E XVII, S. 158 ff.; E XVIII, S. 83 ff.; E XXIV, S. 382 ff.; E XXXIII, S. 323 ff.; E XXXIV, S. 217 ff.

Fabian. Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt und Erörterung ihrer Strafbarkeit. Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Benecke, vom 15. Heft ab von Beling, vom 18. Heft ab von von Lilienthal. Die Fabian'sche Arbeit ist in Heft 53 (1904) enthalten.

Falckenberg. Geschichte der neueren Philosophie. 1905.

Feuerbach. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland giltigen peinlichen Rechts. 4. Aufl. 1808.

— Revision der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. 1808.

Frank. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 2. Aufl. 1901; 5. bis 7. Aufl. 1908.

— Vollendung und Versuch. Enthalten in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, allgemeiner Teil V 1908, S. 162 ff.

Geyer. Über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen. Gerichtssaal 1866, S. 35 ff.

— Über untaugliche Versuchshandlungen. Z I (1881), S. 30 ff.; vgl. auch von Buri Z I, 185 ff.

Hagemann. Der Versuch bei Mangel des Objekts. Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer (citiert Goltd. Arch.), Band 32 (1884), S. 221 ff.

Havenstein. Zur Lehre vom untauglichen Versuch. Goltd. Arch., Bd. 36 (1888), S. 33 ff.

Hegler. Prinzipien des internationalen Strafrechts (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 67). 1904.

Horn. Der Versuch. Z. 20 (1909), S. 309 ff.

Huther. Tauglicher und untauglicher Versuch. Goltd. Arch., Bd. 36 (1888), S. 433 ff.

Jellinek. Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe 1878.

— Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, Bd. I, Heft 3). 1904.

— Das Recht des modernen Staats. I. Allgemeine Staatslehre. 2. Aufl. 1905.

Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Zweyte Aufl. 1798.

Kessler. Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? Gerichtssaal, Bd. 39 (1887), S. 94 ff.

Klee. Wille und Erfolg in der Versuchslehre (Strafrechtl. Abhandl., Heft 14) 1898.

Koestlin. System des Deutschen Strafrechts. I. Abt. Allgemeiner Teil 1855.

Kohler. Studien aus dem Strafrecht 1890.

— Lehrbuch der Rechtsphilosophie 1909.

Kohn. Untauglicher Versuch und Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung und ihrer Strafbarkeit (Strafrechtl. Abhandl., Heft 53). 1904.

Kriegsmann. Wahnverbrechen und untauglicher Versuch (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 51). 1904.

von Kries. Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. Zwölfter Jahrgang der Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie (1888), S. 179—240, 286—323, 393—428.

Kroschel. Versuch und Mangel am Tatbestand. Gerichtssaal, Bd. 41 (1889), S. 273 ff.

Kroschel. Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt. Gerichtssaal, Bd. 43 (1890), S. 216 ff.

Lammasch. Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs. 1879.

von Liszt. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16./17. Aufl. 1908.

Loening. Grundriss zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht. 1885.

Merkel. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1889.

Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung. Bd. X. 1902.

Mittermaier. Über den neuesten Zustand der Kriminalrechtswissenschaft in Deutschland. Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. IV, S. 104 ff.; vgl. auch Bd. I, S. 183 ff.

— Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln. Gerichtssaal 1859, S. 424 ff.

Neumeyer. Die verbotenen Handlungen im internationalen Strafrecht. Z 23 (1904), S. 442 ff.

Oetker. Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe. Z 17 (1897), S. 53 ff.; vgl. auch Goltd. Arch., Bd. 26, S. 277 ff.

— Rechtsgüterschutz und Strafe. Z 17 (1897), S. 413 ff.

Olshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl., bearbeitet unter Mitwirkung von Zweigert. 1905/06.

von Rohland. Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. 1880.

M. Rümelin. Die Verwendung der Kausalbegriffe im Civil- und Strafrecht. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 90, S. 171 ff.

Rossi. Traité de droit pénal. Leiden 1878.

Schäffle. Abriss der Soziologie. Herausgegeben von Bücher. 1906.

Sombart. Sozialismus und soziale Bewegung. 5. Aufl. 1905.

Stooss. Das Josefinische Strafgesetzbuch in den belgischen Niederlanden. Z 28 (1908), S. 22 ff.

Thibaut. Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie. 1802.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hiezu bestellten Sachverständigen-Kommission. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamts. 1909.

— Begründung. Allgemeiner Teil. 1909.

Zachariae. Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1836.

Zucker. Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch. Goltd. Arch., Bd. 36, S. 370 ff.

Erstes Kapitel:

Die Grundlagen des Themas.

§ 1. Das Problem.

Vom Wahnverbrechen pflegt bei der Lehre vom sogenannten untauglichen Versuch die Rede zu sein.

Sowohl was ein Wahnverbrechen ist, als auch was man unter einem untauglichen Versuche zu verstehen hat, ist bestritten. Aber darüber herrscht kein Streit, dass das Wahnverbrechen kein Verbrechen und deswegen straflos ist. Eine weit verbreitete Lehre nimmt nun an, dass auch der untaugliche Versuch straflos ist — worüber ein grosser Streit herrscht — und man hat nun, was leicht verständlich ist, unter starker Hervorkehrung der Straflosigkeit den Begriff des untauglichen Versuches und den Begriff des Wahnverbrechens für identisch erklärt.

Die vorliegende Arbeit macht es sich zur Aufgabe, ein wenig in das Wesen des untauglichen Versuchs wie des Wahnverbrechens einzudringen und zu untersuchen, ob[1]) sich nicht eine Grenze zwischen beiden Begriffen ziehen lässt.

Der Ausgangspunkt unserer Untersuchung ist, nach Erläuterung der notwendigen Grundbegriffe, die untaugliche

---

[1]) Dasselbe Thema wird behandelt von:

Kriegsmann, Wahnverbrechen und untauglicher Versuch (enthalten in den „Strafrechtlichen Abhandlungen", herausgegeben von Bennecke, von Heft 15 ab von Beling, vom 68. Heft ab von v. Lilienthal; das 51. Heft enthält die Arbeit Kriegsmann's). 1904.

Kohn, Fr., Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen hinsichtlich ihrer begrifflichen Scheidung und Strafbarkeit (Heft 53 der „Strafrechtlichen Abhandlungen"). 1904.

Fabian, Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt und Erörterung ihrer Strafbarkeit („Strafrechtliche Abhandlungen", Heft 63). 1905.

Versuchs-Frage; bevor über dieses Problem keine Klarheit geschaffen ist, kann von einer Grenzregulierung zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen keine Rede sein; das untaugliche Versuchsproblem ist praktisch und theoretisch unverhältnismässig wichtiger als die Frage nach dem Begriff des Wahnverbrechens. Eben wegen dieser Wichtigkeit ist eine Darstellung der bekanntesten Lösungsversuche des untauglichen Versuchsproblems nicht zu umgehen; sie soll aber, dem Zweck dieser Arbeit entsprechend, auf ein Mindestmass beschränkt werden. Damit, dass das Versuchsproblem als notwendige Voraussetzung, und weil es weit wichtiger ist, vor der Frage nach dem Begriff des Wahnverbrechens behandelt werden muss, ist noch nicht gesagt, dass bei der Versuchsdebatte mit keinem Wort vom Wahnverbrechen die Rede sein dürfe; im Gegenteil, es wird sich bei der Besprechung der verschiedenen Lösungsversuche zeigen, dass im Wahnverbrechen Elemente stecken, die sehr wohl als Prüfstein für die Richtigkeit dieser Lösungsversuche dienen können.

Auch bei der Darstellung unserer eigenen Ansicht über den untauglichen Versuch wird uns das Wahnverbrechen hie und da als Wegweiser dienen. — Im Laufe der Arbeit kommt eine Reihe von Fragen zur Erörterung, die man im allgemeinen nicht im Zusammenhang mit dem untauglichen Versuch zu behandeln pflegt; der Grund hierfür liegt darin, dass eben die Art und Weise, wie Feuerbach, der Schöpfer des „untauglichen Versuchs"-Problems, den untauglichen Versuch behandelte, zu einer breiteren Gestaltung drängt.

§ 2. **Grundbegriffe.**

I. Man ist darüber einig, dass ein Wahnverbrechen immer dann vorliegt, wenn der Täter glaubt, die Tat, die er vollbringe, sei ein Delikt, sei vom Gesetz für strafbar erklärt, während dies tatsächlich nicht der Fall ist. Bekannte Beispiele für das Wahnverbrechen sind: Jemand glaubt, der ausserehelichе Beischlaf sei strafbar, oder zwei Frauenspersonen, die widernatürliche Unzucht treiben, glauben, es existiere eine dem § 175 StGB. analoge Bestimmung hinzüglich der Frauen.

Man hat jedoch nicht nur diese Fälle unter den Begriff des Wahnverbrechens gebracht, sondern hierunter auch, wie bereits angedeutet, Fälle des untauglichen Versuchs verstanden.

II. Die Fachausdrücke, deren man sich in der Lehre vom untauglichen Versuch bedient, haben keineswegs einen ein für allemal bestimmten Inhalt. Diese Begriffe sind durchaus nicht Fundamente, auf denen jede Abhandlung über den untauglichen Versuch aufzubauen hätte. Der Inhalt dieser Begriffe hängt vielmehr von der Stellung ab, die der Einzelne bei der Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuches einnimmt. Und weil es sich nun durchaus nach der jeweils vertretenen Ansicht richtet, ob man der üblichen Terminologie diese oder jene oder gar keine Bedeutung beilegt, so stösst eine Erörterung der Grundbegriffe ohne eine Darstellung der Theorien, deren notwendiger Ausfluss sie sind, auf Schwierigkeiten.

„Dass der Versuch nicht zur Vollendung gediehen ist, kann (abgesehen vom freiwilligen Rücktritt) daran liegen, dass ein äusseres Hindernis sich der Vollendung entgegenstellte, oder auch daran, dass der Tat von vornherein die Bedingungen der Vollendung fehlten. Letzteres ist aber in dreierlei Weise möglich, nämlich einmal in der Art, dass ein ungeeignetes Mittel gewählt wurde, oder in der Art, dass es an einem geeigneten Gegenstande fehlt, oder endlich in der Art, dass sonst ein wesentliches Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist.“[1]) Die heute wenigstens im allgemeinen angenommene Terminologie hat sich im Anschluss an die Ansicht entwickelt, dass nur der gefährliche Versuch strafbar sein solle.[2])

Was zunächst die Mittel betrifft, so ging und geht man noch davon aus, dass der Täter nicht strafbar sein solle, der zur Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens sich eines Mittels bedient, das unter gar keinen Umständen hiezu tauglich

[1]) Vgl. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907 (6. völlig umgearbeitete Auflage des Lehrbuchs von Hugo Meyer), S. 175.

[2]) Eine sehr ausführliche Zusammenstellung der neueren Vertreter dieser Ansicht findet sich am Schlusse des Werkes von Delaquis, Der untaugliche Versuch. Ein Beitrag zur Reform der Strafgesetzgebung (3. Band der neuen Folge der Abhandlungen des kriminalistischen Seminars der Universität Berlin, herausgegeben von F. von Liszt), 1904.

sei (Versuch mit absolut untauglichem Mittel); den Gegensatz hiezu bildet der Versuch mit relativ untauglichem Mittel; letzterer soll strafbar sein. Darüber, was man eigentlich unter einem absolut untauglichen Mittel verstehen soll, ist man nicht einig. Mittermaier, der zuerst die Unterscheidung von absolut und relativ untauglichen Mitteln in die Versuchslehre einführte, hat geschwankt, ob in dem Fall, wo jemand einem Anderen Arsenik geben will, sich aber im letzten Augenblick vergreift und Zucker gibt, relative oder absolute Untauglichkeit vorliege.[1]) Die Mehrzahl der heutigen Anhänger dieser Unterscheidung wird wohl relative Untauglichkeit also strafbaren Versuch annehmen; der relativen Untauglichkeit wird man am ehesten gerecht werden, wenn man sie als „gefährlichen" Versuch im Sinne der Vertreter des Gesetzbegriffs (s. unten) charakterisiert.[2]) Vom absolut untauglichen Mittel aber wird man sagen können, dass die Zahl der Fälle, wo ein „absolut untaugliches" Mittel in Frage kommt, im Laufe der Zeit sich verringert hat. Gewiss ist unter den Vertretern der Ansicht, dass ein Versuch mit absolut untauglichen Mitteln straflos zu bleiben habe, kein Zweifel darüber, dass ein absolut untaugliches Mittel vorliegt, wenn ein schwangeres Mädchen Zuckerwasser trinkt in der Meinung, Zuckerwasser sei ein Abtreibungsmittel, oder wenn jemand eine Wallfahrt macht, in der Meinung, hiedurch könne er den Tod des bösgesinnten Nachbarn bewirken; aber eine Reihe von Fällen, in denen man früher ohne Bedenken absolute Untauglichkeit des Mittels annahm, ist man heute geneigt, unter Strafe zu stellen.[3])

Von einem absolut untauglichen Objekt spricht man in den Fällen, wo an dem Objekt, gegen welches der Täter

[1]) Neues Archiv des Kriminalrechts (1816—33), Bd. I, S. 183 ff. und Bd. IV, S. 104 ff.

[2]) Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs, 1879, S. 2; Ausgangspunkt bei Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1836, Bd. I, S. 89, 236.

[3]) Vgl. Allfeld Lehrbuch, S. 176, wo als unter keinen Umständen taugliche Mittel nur der Versuch der Tötung mittels Totbetens, durch Beschwören oder sonstige Mittel des Aberglaubens genannt werden; vgl. auch die sehr vorsichtigen Entscheidungen in Note 28, S. 176/177.

seinen Angriff richtet, das beabsichtigte Verbrechen ganz unmöglich begangen werden kann. Jemand glaubt in der Dunkelheit seinen Feind zu erkennen und schiesst nach ihm, um ihn zu töten; tatsächlich aber war der vermeintliche Feind nur ein Baumstamm, oder — ein Fall, der die Praxis des öfteren beschäftigt hat, — eine Frauensperson hält sich irrtümlich für schwanger und nimmt ein Abtreibungsmittel ein, oder jemand will seinem Nachbar einen bestimmten Gegenstand stehlen und tut dies auch, nachher aber stellt sich heraus, dass der Täter selbst Eigentümer der „gestohlenen" Sache war und sie dem Nachbar geliehen hatte. Wenn man genau hinsieht, findet man, dass der letztere Fall ein wenig anders liegt als die zuerst genannten. Während nämlich in den ersten Fällen ein Objekt, gegen welches die Tat gerichtet werden kann, garnicht existiert, (Versuch am nicht existierenden Objekt) ist im letzten Falle ein solches wohl vorhanden, — der Gegenstand — aber dadurch, dass es an dem in § 242 StGB. geforderten Tatbestandsmerkmal „fremd" fehlt, wird das Objekt zu einem für den Diebstahl völlig untauglichen. — Hier ist ferner der Fälle zu gedenken, wo ein anderes Tatbestandsmerkmal als das des tauglichen Objekts fehlt: Jemand beschwört eine wahre Tatsache, die er für eine falsche hält; jemand geht eine neue Ehe ein in der Meinung, seine frühere sei noch nicht gelöst (Fälle des sogenanten Mangels am Tatbestande). Übrigens wird unter die Fälle des Mangels am Tatbestande häufig der oben genannte Versuch am absolut untauglichen Objekt (Diebstahl an eigener Sache) gezählt, während die oben als Versuche am nicht existierenden Objekt bezeichneten Fälle als die eigentlichen Fälle des Versuchs am absolut untauglichen Objekt hingestellt werden.

Weitere Unterscheidungen zu gebrauchen ist nicht üblich.[1]) Die Stellung, die wir dieser Terminologie gegenüber einnehmen, wird sich im Laufe der Arbeit von selbst ergeben.

Jeder der bisher genannten Fälle des absolut untauglichen Versuchs — die Fälle des Mangels am Tatbestand mit in-

[1]) Eine Ausnahme macht Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe, 1897 (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft — citiert Z — Band 17, S. 53 ff., insbes. S. 56) und Archiv für Strafrecht, begründet von Goltdammer — citiert Goltd. Arch. — Bd. 26, S. 277, 278.

begriffen — ist schon für ein Wahnverbrechen erklärt worden.[1]) Natürlich kann der Umstand allein, dass man den untauglichen Versuch für straflos hält, noch nicht ohne weiteres bestimmend sein, zwischen Wahnverbrechen und untauglichem Versuch gar keinen Unterschied zu machen; wir werden vielmehr, falls wir zu der Ansicht kommen, dass sich die Strafbarkeit der untauglichen Versuche nicht rechtfertigen lasse, weiterhin zu prüfen haben, ob nicht doch gewisse wissenschaftliche Gründe gegen eine Identifizierung beider Begriffe sprechen.

Zweites Kapitel:

Der untaugliche Versuch.

§ 3. Das Problem.

Wie stellt sich das Strafgesetz zum untauglichen Versuch? § 43 StGB. bestimmt in Abs. 1: „Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen."

Zwei grosse Theorien sind es, die sich mit der Auslegung dieser Bestimmung, insbesondere der Worte „Anfang der Ausführung" beschäftigen: Die Subjektivisten erklären, dass mit diesen Worten nur gesagt sein solle, dass die sogenannten Vorbereitungshandlungen straflos seien, dass also von einem Versuch nicht gesprochen werden könne, so lange der Täter die Tat nur vorbereite, dass es aber, wenn der Täter einmal wirklich eine Ausführungshandlung vornehme, durchaus gleichgiltig sei,

[1]) Vgl. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., bearbeitet unter Mitwirkung von Zweigert, 1905/06, 26.

Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1901, § 59, V. 46.

Am weitesten geht wohl Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 329, Note 1.

Über die ältere Doktrin vgl. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, S. 359, Note 41. Über die früher übliche Unterscheidung zwischen Wahndelikt und Wahnverbrechen S. 356.

Vgl. auch von Rohland, die Gefahr im Strafrecht, 2. Aufl. 1880, S. 101/102.

ob diese Handlung auch geeignet sei, die Vollendung des Delikts herbeizuführen, dass das Wesen des Versuchs vielmehr darin liege, dass der Täter seinen verbrecherischen Willen betätigt habe; ob der Täter einen Baumstamm für einen Menschen ansieht, ob er glaubt, mit Zucker könne man vergiften, soll für die Frage, ob ein Versuch vorliegt, ganz nebensächlich sein; nach dieser Ansicht genügt die Betätigung des verbrecherischen Willens, das Abschiessen des Gewehrs in Tötungsabsicht, das Eingeben des Zuckers in der Absicht, dadurch das Opfer zu vergiften. — Die Objektivisten dagegen gehen davon aus, dass nicht jede Betätigung des verbrecherischen Willens, wie sie die Subjektivisten fordern, zur Strafbarkeit genüge; der Tat selbst komme vielmehr selbständige Bedeutung zu; eine blos harmlose Tat, wie es das Schiessen auf einen Baumstamm sei, bestrafe das Gesetz nicht. Das vollendete Verbrechen verletze; wenn nun der Versuch tatsächlich nicht nur im Hirn des Täters ein „Anfang der Ausführung" sein solle, so müsse er gefährden. Nur der gefährliche Versuch sei strafbar, der absolut untaugliche Versuch sei aber nicht gefährlich.

Wir nehmen zu diesen Ausführungen noch nicht Stellung. Indessen soviel wird man sagen können: § 43 StGB. ist nicht so gefasst, dass sich eine der beiden Theorien auf ihn als ein Argument für ihre Ansicht berufen könnte,[1]) und es ist ja bekannt, dass seinerzeit der Gesetzgeber die Streitfrage garnicht entscheiden wollte.

§ 4. **Lösungsversuche.**

Man kann dem untauglichen Versuchs-Problem nicht wohl näher treten, ohne der ungezählten Lösungsversuche zu gedenken,

[1]) A. A. Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch, Goltd. Arch., Bd. 36 (1888), S. 433: „Das Gesetz enthält jedenfalls den von der subjektiven Anschauung aufgestellten Tatbestand, sie befindet sich also in der Lage, die Beweise für einen weiteren Tatbestand von den Gegnern abwarten und sich inzwischen sozusagen des Glückes des Besitzstands freuen zu dürfen."

Und Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch, Goltd. Arch., Bd. 36 (1888), S. 375, Anmerkung: „Die Bestimmung, dass die „Versuchs"-Handlung einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthalten muss, lässt sich mit der „subjektiven" Versuchstheorie unter keinen Umständen in Einklang bringen."

die zu seiner Klarstellung schon unternommen worden sind. Sie hier alle aufzuführen ist unmöglich, sie beiseite zu lassen ebenfalls. Manche der vielen Gründe „für" und „wider" sind heute verschollen. Eine Reihe von Argumenten aber hat sich als lebensfähig erwiesen und wird immer und immer wieder, wenn auch modifiziert, ins Feld geführt. Einige der wichtigsten Lösungsversuche kennen zu lernen, ist unumgänglich nötig; denn ohne eine wenn auch kleine Übersicht über den Stand der untauglichen Versuchs-Frage ist eine Entwicklung einer eigenen Ansicht unmöglich. Historische Überblicke über das Versuchs-Problem sind häufig, z. T. in sehr trefflicher Weise, gegeben worden. Schon um Wiederholungen zu vermeiden, ist eine derartige Darstellung hier nicht am Platze; zweckentsprechend erscheint uns vielmehr eine Zusammenstellung nach folgenden Gesichtspunkten: Bei der Betrachtung eines jeden Delikts drängen sich ganz unwillkürlich drei Elemente dem Beobachter auf: der Täter, seine Tätigkeit (die Handlung) und das Produkt seiner Tätigkeit (die Vollendung); letzteres ist in den meisten Fällen ein bestimmter, von der Handlung getrennter, äusserer Erfolg.[1]) Mit Hilfe eines jeden dieser Elemente hat man schon die Lösung des untauglichen Versuchs-Problems unternommen, und daher soll die Darstellung der Lösungsversuche in drei entsprechende Gruppen sich gliedern.

A. Vom Standpunkt des Täters aus.

Für jeden Versuch ist es charakteristisch, dass der Täter sich in irgend einem Punkte über die Umstände der Aussenwelt geirrt hat; hätte er sich nicht getäuscht, so wäre es zur Vollendung gekommen. Beim untauglichen Versuch ist dieser Irrtum, diese Inkongruenz zwischen der Wirklichkeit und dem Bilde von der Wirklichkeit in der Seele des Täters, sehr gross. Es ist daher durchaus verständlich, wenn Gelehrte sich daran gemacht haben, diesen Irrtum zu untersuchen und zu diesem Zwecke in die Seele des Täters sich versenkt haben. Sie haben es abgelehnt, mit den althergebrachten Begriffen an den Täter heranzutreten und sein Seelenleben in die üblichen Formen zu

[1]) Vgl. Allfeld Lehrbuch, § 4, 2 c, S. 29 und § 30, 5, S. 169.

zwängen; sie haben sich vielmehr die Anschauungswelt des Täters ganz zu eigen gemacht und haben mit Hilfe des Geschauten neue Konstruktionen entwickelt. Derartige Lösungsversuche sind die subjektivsten, womit allerdings noch lange nicht gesagt ist, dass es „Subjektivisten" wären, die sie unternahmen.

Geyer[1]) geht, den „unhaltbaren und unfassbaren Unterschied zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit" verwerfend,[2]) davon aus, „dass das sogenannte „Mittel" seine Eigenschaft als Mittel erst durch die Bestimmung erhält, welche ihm ein Mensch zur Ausführung seiner Zwecke gibt. Ein geladenes Gewehr wird erst dann zum Tötungsmittel, wenn jemand beschliesst, es als solches zu gebrauchen . . . ." „Der Begriff des Mittels lässt sich nicht loslösen von dieser subjektiven Bestimmung."[3]) Und diese subjektive Bestimmung ist nach Geyer's Ansicht sehr wesentlich; denn für Geyer „scheint . . . die entscheidende Frage die zu sein, ob das, was getan ist, auch wirklich mit der Absicht des Täters innerlich zusammenhängt, und ob er es so gewollt hat, wie er es getan hat."[4]) Beabsichtigt also der Täter zu töten, ist aber infolge eines Irrtums sein „Mittel" und damit seine ganze Handlung derart, dass eine Tötung garnicht herbeigeführt werden kann, so fallen Absicht und Handlung ganz auseinander und Bestrafung ist nicht möglich. Wer die verkehrte Ansicht hat, Zucker sei Gift, und nun einem Andern Zucker reicht: „was der eigentlich will, was er beabsichtigt, tut er nicht, nnd was er tut, will er nicht."[5])

Unmittelbar bevor der Täter zur Tat schreitet, trägt er in seinem Innern eine bestimmte „Vorstellung der vorhandenen, im

[1]) Über untaugliche Versuchshandlungen, Z. I (1881), S. 30 ff.; gegen Geyer, der von Buri und das Reichsgericht angreift: von Buri, Über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen, Z. I, S. 185 ff. und Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch, Goltd. Arch., Bd. 36 (1888), S. 33 ff., bes. S. 48.

[2]) S. 33. Eine Zusammenstellung der Schriftsteller, die gleicher Ansicht sind, findet sich bei Delaquis, S. 170; unter den Gegnern wäre statt Meyer 210 neuerdings Allfeld 170 zu nennen.

[3]) S. 34.

[4]) S. 36.

[5]) S. 37.

gegebenen Falle wesentlichen Umstände und sodann eine Vorstellung der zu bewirkenden Veränderung, d. h. des herbeizuführenden Erfolgs".[1]) Der Täter stellt sich vor: Diese Tasse enthält Tee, das weisse Pulver ist giftig, sobald der Verhasste in dem Zimmer ist, wird er aus der Tasse trinken — also muss der Täter nur noch das weisse Pulver in die Tasse schütten, dann wird der Trinkende sterben. Und das letztere „will" ja der Täter. „Die Verwirklichung des vorgestellten Erfolges wird gewollt."[2]) Für diesen Willen ist es aber durchaus nebensächlich, ob der Täter sich bei Bildung seiner Vorstellungen von der Aussenwelt getäuscht hat; denn man kann nur die Vorstellung von der Aussenwelt zum Gegenstand des Willens machen, nicht die Aussenwelt selbst. Ob tatsächlich in der Aussenwelt „Gift" vorhanden ist, ist für den Willen gleichgiltig; denn nicht nach der Wirklichkeit selbst, sondern nach der Vorstellung von der Wirklichkeit bestimmt sich der Inhalt des Willens. Die Realisierung des Willens — das vorsätzliche Handeln — geht dadurch vor sich, dass der Täter an einem bestimmten konkreten Punkt der Aussenwelt mit seiner Tätigkeit einsetzt bezw. bei Unterlassungsdelikten nicht einsetzt. Dieses Verhalten ist nichts anderes als der Ausfluss des auf die Verwirklichung des Erfolgs gerichteten Willens; man kann also nicht sagen, der Täter habe etwas ganz anderes gewollt, als er getan habe und etwas ganz anderes getan, als er gewollt habe. Freilich insofern lässt sich schon sagen, Wille und Tat decken sich nicht beim absolut untauglichen Versuch, als der vom Täter gewünschte Erfolg nicht eintritt; allein das ist bei jedem Versuch der Fall; bei jedem Versuch läuft dem Täter ein Irrtum unter und bewirkt, dass weniger als das Gewünschte erreicht wird. Wenn Geyer[3]) im Anschluss an Cohn auf eine doppelte Art des Irrtums hinweist, einen Irrtum über Tatsachen und einen Irrtum, der mit dem Mangel der Fähigkeit, die Zukunft vorherzusehen, zusammenfällt, und ersteren bei dem untauglichen Versuche als vorliegend ansieht, so ist zwar zuzugeben, dass sich ein solcher oder ähnlicher Unterschied finden lässt; aber dass dieser Unterschied von

[1]) Allfeld Lehrbuch, S. 139.
[2]) Allfeld Lehrbuch, S. 140, Note 11.
[3]) A. a. O. S. 41.

Bedeutung sei,[1]) hat Geyer nicht bewiesen. Er hat denn auch noch andere Argumente zur Beweisführung herangezogen.[2])

Einen ähnlichen Weg wie Geyer hat Havenstein[3]) eingeschlagen. Auch er versenkt sich in die Psyche des Verbrechers, und auf Grund des dort Geschauten sucht er die Bestimmungen des Gesetzes zu interpretieren. Ein solches Verfahren erscheint ihm richtiger, als „ex jure die Natur zu korrigieren".[4])

Nach Havenstein sucht man „eine Handlung nur um ihrer realen Folgen willen zu begehen; niemand will ein „Verbrechen" ausführen";[5]) niemand versucht „den Tatbestand eines Delikts".[6]) „Den Versuch eines Verbrechens oder Vergehens als solchen gibt es nicht, sondern nur den Versuch einer Handlung . . . ."[7]) „Der Versuch eines Verbrechens oder Vergehens ist demnach nur vorhanden, wenn der Versuch einer Handlung vorliegt, wenn die Handlung selbst, welche in Frage steht, sich noch im Versuchsstadium befindet. Er liegt daher nie vor, wenn der beabsichtigte Erfolg erreicht, die Handlung nicht in der Ausführung stecken geblieben ist." Resultat: „Eine vollendete Handlung kann niemals Versuch eines Delikts sein." „Was ist sonach der Versuch am untauglichen Objekt?[8]) Überhaupt kein Versuch, sondern eine vollendete Handlung."[9]) „In allen diesen Fällen ist die Handlung, wie sie gedacht, wie sie geplant war, in jeder Beziehung zu Ende geführt, nicht im Versuchsstadium stecken geblieben; die Absicht ist voll erreicht, nur die Anschauung von der Aussenwelt ist in dem einen oder dem andern Punkte eine trügerische gewesen . . . . Für den Tatbestand der Vollendung und des Versuchs ist aber nicht dies Bewusstsein (ob z. B. die „gestohlene" Uhr eine eigene oder

[1]) Vgl. insbesondere Lammasch, Moment obj. Gef., S. 25, 26, 28, Note 3.

[2]) Siehe unten.

[3]) Zur Lehre vom untauglichen Versuch, Goltd. Arch., Bd. 36 (1888), S. 33 ff.

[4]) S. 39.

[5]) S. 34.

[6]) S. 39.

[7]) S. 35.

[8]) Z. B. Diebstahl an eigener Sache; Havenstein unterscheidet zwischen untauglichem und nicht existierenden Objekt, S. 40 a. E.

[9]) S. 35.

fremde ist), sondern die Erreichung oder Nichterreichung des Wollens, der Absicht entscheidend."[1])

An den Ausführungen Havenstein's dürfte einiges nicht richtig sein. Hervorgehoben sei: Es ist eigentlich nicht ganz klar, in welchem Sinne Havenstein seinen Handlungsbegriff ausgelegt haben will. Soll unter dem Handeln des Täters nur die Körperbewegung verstanden werden? Dafür spricht, dass Havenstein die Trennung von Wille und Bewusstsein so stark befürwortet, und es eine Frage des Willens ja nicht ist, ob eine Körperbewegung einen bestimmten Erfolg voraussichtlich hervorbringt. Dagegen sprechen die Konsequenzen: denn die „Handlung" des Täters wäre z. B. vollendet, wenn er in Tötungsabsicht einem Andern ein Messer in die Brust gestossen hätte, ohne Rücksicht darauf, ob der Verletzte mit dem Leben davon kommt oder nicht. Unter Handlung versteht also Havenstein wohl Körperbewegung plus Erfolg, wie ihn der Täter „will". Havenstein führt auch S. 40 a. E. aus, dass ein echter Versuch und keine Vollendung vorliege, wenn jemand auf einen Baumstamm, den er für einen Menschen halte, in Tötungsabsicht schiesse. Fasst man den Handlungsbegriff so weit, und sagt man, dass diese „Handlung" „gewollt" werde, so nimmt man den Willen in dem umfassenden Sinne der sogenannten Willenstheorie. Nun ist oben bei Geyer ausgeführt worden, dass dieser Wille alle vor der Tat in der Seele des Täters vorhandenen Vorstellungen umfasst. Es ist also nicht möglich, die Handlung im Sinne Havenstein's herauszugreifen und von ihr zu sagen, sie allein werde gewollt, die andern Umstände werden nur „gewusst". Wenn die sogenannte Vorstellungstheorie[2]) sagt, nur die Körperbewegung werde gewollt, alles andere blos gewusst, so hat dies einen guten Sinn. Aber nicht möglich ist es, von Körperbewegung plus Erfolg zu sagen, sie seien gewollt und alles andere nur gewusst. Vorsätzlich handeln ist weder ein blosses Wissen noch ein blosses Wollen, sondern ein Wissen und Wollen.[3]) — Unrichtig ist ferner die oben zitierte Bemerkung

[1]) S. 37.

[2]) Vgl. Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5.—7. Aufl., 1908, § 59, I.

[3]) Allfeld Lehrbuch, § 25, Ziff. 3 und 4 (S. 139/140); vgl. auch § 59, Abs. 1 des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuche". Bearbeitet von der hiezu bestellten Sachverständigen-Kommission, 1909.

Havenstein's, dass für den Tatbestand der Vollendung „die Erreichung oder Nichterreichung des Willens, der Absicht entscheidend" sei. Wann ein Delikt vollendet oder versucht ist, ist nach Grundsätzen bestimmt, die dem Willen des Täters oft direkt widersprechen (§§ 80-82 StGB., § 263 StGB.), der Täter, dem es beim Betrug einzig und allein auf den Vermögensvorteil ankommt, braucht denselben noch nicht erlangt zu haben.

Eine überzeugende Lösung der Frage nach der Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit des untauglichen Versuchs ist weder Geyer noch Havenstein gelungen. Eine Lösung des Problems in der Weise, dass man sich ganz auf den Standpunkt des Täters stellt und von hier aus die hergebrachten Begriffe der Strafrechtswissenschaft, Absicht, Wille und Handlung, zu korrigieren sucht, wird immer auf ausserordentliche Schwierigkeiten stossen.

Objektiver ist eine Lösung des Problems, die, ebenfalls bei der Betrachtung der täterischen Psyche verweilend, prüft, ob in den Fällen des absolut untauglichen Versuchs ein Vorsatz im Sinne des Gesetzes vorhanden ist. Der Kritik haben diese Lösungsversuche, die das Vorhandensein des Vorsatzes bestreiten,[1]) nicht Stand gehalten, und man kann sie heute als historisch bezeichnen. Man wird heute im Ernste nicht mehr bezweifeln, dass auch beim untauglichen Versuch ein echter Vorsatz vorliegt.

Dagegen wird der Vorsatzbegriff dazu benützt, die angebliche Straflosigkeit der Fälle zu beweisen, in denen — abgesehen vom Erfolge — irgend ein Tatbestandsmerkmal fehlt.[2]) Es liegt uns fern, in dieser Streitfrage eine entscheidende Stellung einzunehmen; nur soviel soll bemerkt werden: Wer verlangt, dass

[1]) Binding, Handbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Bd., 1885, S. 694 Der Irrtum, ein fehlendes Deliktsmerkmal (Mangel am Tatbestand und Mangel einer rechtlichen Eigenschaft des Objekts) sei vorhanden, könne dies noch lange nicht ersetzen; vgl. ferner Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1. Aufl., 1872/1877, Bd. II, S. 413 ff. 415, beim absolut untauglichen Versuch liege Putativ-Vorsatz vor.

Baumgarten, Lehre vom Versuch, S. 358: „bei dem Putativdelikt kommt es nur zum Putativvorsatze, bei dem Versuch am absolut untauglichen Objekt überhaupt zu keinem Vorsatze."

[2]) Frank, § 59, V., 3 und § 43, I, letzter Abs.; gegen Frank besonders Kriegsmann.

beim Versuch der gesamte Tatbestand des Delikts vorliege mit Ausnahme des Erfolges, der behandelt den Versuch einfach als minus der Vollendung. Diese Behandlung ist insofern einseitig, als der Versuch eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen aufweist, bezüglich welcher er durchaus ebenbürtig neben der Vollendung steht. Eine derartige Betrachtungsweise ist aber verständlich, wenn man davon ausgeht, dass Rechtsgüterschutz die Aufgabe des Strafrechts und Rechtsgüterverletzung wenigstens im allgemeinen zum Wesen des Delikts gehört; im letzteren Falle ist nämlich, wie sich dies unten genauer zeigen wird, die Gefährdung charakteristisch für den Versuch. Eine Gefährdung ist aber nur möglich, wo sich auch eine Verletzung denken lässt, also müssen nach dieser Ansicht beim Versuch abgesehen vom Erfolg alle Tatbestandsmerkmale des vollendeten Delikts vorliegen. Wenn aber Frank diese letztere Forderung aufstellt, so misst er der Rechtsgüterverletzung eine Bedeutung bei, die sich mit seinen Ausführungen über den materiellen Verbrechensbegriff[1]) nicht wohl vereinbaren lassen dürfte. Wenn, wie Frank lehrt, einzig und allein das staatliche Interesse an dem Unterbleiben einer Handlung bei einem Delikt in Frage kommt, und die Verletzung des Rechtsguts in Hintergrund tritt, so stehen Versuch und Vollendung durchaus ebenbürtig nebeneinander; der Versuch ist dann ein selbständiges Delikt so gut wie die Vollendung. Beide laufen dem staatlichen Interesse zuwider; es ist dann aber nicht einzusehen, warum die Fälle des Mangels am Tatbestand (im weitesten Sinne) weniger gegen das staatliche Interesse gehen wie der normale strafbare Versuch; irgend ein Schaden tritt ja beim Versuch so wenig ein, wie bei den Fällen des Mangels am Tatbestand.

(Über den Zusammenhang von Versuch und Vorsatz bei von Liszt[2]) vgl. Delaquis, S. 126 ff.)

Eigentlich sollte man meinen, alle Subjektivisten haben eine Lösung des untauglichen Versuchs-Problems mit Hilfe des Vorsatzes unternommen; denn in der Betätigung des ver-

[1]) Einleitende Bestimmungen IV.

[2]) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts (16. und 17. Aufl.), 1908, S. 199 ff. 206 ff. vgl. mit S. 157 ff.

brecherischen Vorsatzes sehen sie ja gerade das strafbare Moment beim sogenannten untauglichen Versuch. Allein Kroschel[1]) wird wohl so Unrecht nicht haben, wenn er bemerkt: Es ist wichtig, sich den Weg zu vergegenwärtigen, auf dem die subjektive Theorie zu ihren Sätzen gelangt ist. Sie ist dazu gelangt, indem sie die von der objektiven Theorie dem tauglichen Versuche zugeschriebenen Tatbestandsmerkmale . . . im einzelnen kritisch prüfte. Als sich kein einziges davon haltbar erwies, kam man zu dem Ergebnis, dass beim Versuch nichts anderes rechtlich erheblich sei, als der verbrecherische Wille, und dass die Tat nur als Verkörperung dieses Willens in Betracht komme. . . . Hiernach ist also nicht etwa ein positiver Beweis geführt, dass und weshalb der verbrecherische Wille strafbar sei, sondern es ist nur negativ dargetan, dass die Strafbarkeit des Versuchs in nichts anderem liegen könne, als im verbrecherischen Willen. . . .

B. Mit Hilfe der Kausalität.

Der Versuch ist ein Torso. Die Nichtvollendung ist das erste, was dem Betrachter beim Versuch in die Augen fällt. Der Erfolg, wie ihn der Täter erstrebt hat, und der Tatbestand, wie ihn das Gesetz als Vollendung unter Strafe stellt, ist nicht eingetreten. Das Verhältnis von Ursache und Wirkung, das kausale Band, das beim vollendeten Delikt zwischen dem Verhalten und dem eingetretenen Erfolge geknüpft ist, ist beim Versuch zerrissen. Warum kam es nicht zum Erfolge; in welchen Umständen der Aussenwelt lag es begründet, dass ein Erfolg nicht eintrat; welcher Art hätten die Tätigkeit des Verbrechers und jene Umstände sein müssen, damit der Verbrecher den verpönten Erfolg erreicht hätte? Ist in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen dem gewöhnlichen (tauglichen) und dem absolut untauglichen Versuch zu finden?

Auf dem Gebiete der Kausalität eine Lösung der untauglichen Versuchs-Frage zu suchen, entspringt der natürlichsten Betrachtungsweise, und es ist denn auch mit Hilfe der Kausalität

[1]) „Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt", enthalten in „Der Gerichtssaal", Bd. 43 (1890), S. 216 ff. vgl. S. 222.

zum ersten Mal eine prinzipielle Lösung der Frage versucht worden.

Das Verhalten des Täters und die Umstände der Aussenwelt haben das miteinander gemeinsam, dass sie sämtlich beim vollendeten Delikt conditio sine qua non sind. Aber es entsteht die Frage, ob nicht die menschliche Erfahrung es nahe legt, diese Bedingungen durchaus nicht alle als gleichwertig zu behandeln vielmehr einzelne hervorzuheben und ihnen eine durch die Erfahrung gerechtfertigte Bedeutung beizulegen.

Um die Folgerungen zu erkennen, die zu der Zeit, als das Problem vom untauglichen Versuch auftauchte, aus den eben angedeuteten Betrachtungen gezogen wurden, ist es nur nötig, sich an den Ausdruck „untauglicher Versuch" zu halten. Eigentlich enthält der Ausdruck eine Selbstverständlichkeit; denn untauglich ist ja jeder Versuch, sonst wäre er nicht blos ein Versuch geblieben. Aber man ging zu jener Zeit offenbar davon aus, dass man unter den „Bedingungen" einen Unterschied machen könne, dass bei Vorliegen bestimmter Fälle trotz Nichteintritt des Erfolges von einem „tauglichen Versuch" die Rede sein könne. Man war zu jener Zeit „noch in der . . . . Unterscheidung verschiedener Kategorien von Ursachen und Wirkungen, von „notwendigen" und „nicht notwendigen" Folgen, von Haupt- und Nebenursachen befangen, welche alle von dem Begriffe der Ursache als eines Dinges ausgingen." [1])

Feuerbach hat als erster eine prinzipielle[2]) Lösung der Versuchsfrage in Angriff genommen; vor ihm wurden immer nur Einzelfälle erörtert.[3]) Seit 1808[4]) findet sich in den verschiedenen Auflagen seines später von Mittermaier herausgegebenen „Lehrbuchs des gemeinen in Deutschland giltigen Peinlichen Rechts" eine Stelle folgenden Inhalts: „. . . doch ist eine auf Hervorbringung des Verbrechens absichtlich gerichtete äussere Handlung (unternommenes Verbrechen conatus delinquendi im weiteren Sinn) für sich selbst schon Übertretung und wird bestraft;

[1]) Lammasch, Moment obj. Gef., S. 31.
[2]) Vgl. Delaquis, S. 63.
[3]) Eine umfassende Geschichte des Versuches gibt Baumgarten.
[4]) 1808 erschien die 4. Auflage.

1. wenn die Vollendung blos wegen äusserer Hindernisse, nicht aus freier Willensäusserung unterblieben ist.

2. wenn die Handlung selbst nach ihrer äusseren Beschaffenheit (mittelbar oder unmittelbar, wenig oder viel) mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursächlichem Zusammenhang steht — objektiv gefährlich ist."

In dieser Lösung Feuerbach's, der nur den „gefährlichen" Versuch strafen will, stecken zwei Gedankengänge, die unter sich zwar bei Feuerbach, wie unten zu zeigen sein wird, sehr innig zusammenhängen, die aber nichts desto weniger scharf zu trennen sind. Feuerbach sagt:

1. Eine Lösung des Versuchsproblems ist auf dem Gebiete der Kausalität zu suchen,

2. Als Kausalitätsform kommt die objektive potentielle Kausalität in Frage.[1])

Die im ersten Satze liegende Behauptung hat man fast nie angetastet und bezweifelt;[2]) sie erscheint heute noch fast wie eine Selbstverständlichkeit. Der nunmehr ein Jahrhundert dauernde erbitterte Streit über die Strafbarkeit des absolut untauglichen Versuches hat also bei 2. eingesetzt.[3]) Die Geschichte des untauglichen Versuchs-Problems hat sich im wesentlichen an diejenige des Kausalitäts-Problems angelehnt.

Den Anlass zu dem heftigen Kampfe, der in der Gegenwart um die Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit des untauglichen

---

[1]) Über den Unterschied der in Note 1 der vorhergehenden Seite erwähnten Auffassung von derjenigen Feuerbachs vgl. Delaquis, S. 63 ff.; vgl. auch von Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben (12. Jahrgang der Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie, herausgegeben von Avenarius, Leipzig 1888), S. 301.

[2]) Die Mehrzahl aller Lösungsversuche hat auf dem Gebiete der Kausalität ihren Ausgangspunkt genommen, sei es nun, dass man den Kausalzusammenhang im Sinn der Objektivisten bejahte oder im Sinn der Subjektivisten verneinte oder eine Mittelstellung einnahm.

[3]) Über den Übergang der Feuerbach'schen Theorie in die Mittermaier'sche Scheidung (oben § 2, II) vgl. Lammasch, Mom. obj. Gef., S. 1—4 und über die Weiterentwicklung ausführlich Delaquis, S. 63 ff., S. 71 ff., S. 78 ff.; eine eingehende Kritik der verschiedenen Lösungsversuche findet sich auch am Anfang des eigenartigen Werkes von Cohn, „Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen." 1880.

Versuches tobt, hat eine Entscheidung der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 24. Mai 1880 gegeben.[1]) Das Reichsgericht hat sich in dieser Entscheidung durchaus auf den von von Buri[2]) in zahlreichen Abhandlungen verfochtenen Standpunkt der subjektiven Theorie gestellt und den Abtreibungsversuch eines schwangeren Mädchens mittels eines absolut untauglichen Mittels für strafbar erklärt (§§ 218, 43 StGB.). In der Urteilsbegründung wendet sich das Reichsgericht gegen die objektive Theorie (S. 442), welche verlange, dass die Handlungen, wenn sie als Versuch strafbar sein sollen, in einem Kausalverhältnis zur Vollendung, in welchem die für jede Strafe notwendige Gefährdung oder Verletzung des Rechts enthalten ist, stehen müssen. Nur solche Handlungen sollen nach der objektiven Theorie strafbar sein, die, wenn die Vollendung nicht durch selbständige vom Willen des Täters unabhängige Umstände geändert worden wäre, die Vollendung würden zur Folge gehabt haben. Hiegegen wendet das Reichsgericht ein:[3]) [4]) „Der Kausalzusammenhang zwischen einer Handlung und dem durch dieselbe beabsichtigten Erfolge ist niemals durch das Dasein oder das Fehlen eines einzelnen Zwischenereignisses unbedingt gegeben oder aufgehoben, sondern jedes auf den endlichen Ausgang Einfluss äussernde Ereignis oder Verhältnis gibt stets als einzelner Kausalitätsfaktor nur eine grössere oder geringere Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des letzteren, niemals die Gewissheit seines Eintritts oder Nichteintritts. Die Freigebung der jede Möglichkeit einer Vollendung ausschliessenden Handlungen von der Strafbarkeit als Versuch würde nicht die Beschränkung des strafbaren Versuchs auf die eine teilweise Vollendung enthaltenden, weil es eine solche nicht gibt, sondern die Straflosigkeit jedes Versuchs zum Resultate haben. Denn kausal für

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (citiert E), Bd. 1, S. 439.

[2]) vgl. z. B. Z I, S. 185 ff., Beiträge zur Theorie des Strafrechts usw. Gesammelte Abhandlungen. 1894.

[3]) Das folgende Citat ist ausführlich, weil die Gründe des Reichsgerichts gegen die objektive Theorie „zugleich den in der wissenschaftlichen Welt am meisten geltend gemachten entsprechen." (Vorentwurf zu einem D. StGB. Begründung, Allgemeiner Teil 1909, S. 286.)

[4]) vgl. ferner E I, 451; VIII, 198; XVI, 112; XVII, 158; XVIII, 83, XXIV, 382; XXXIV, 217.

den Erfolg ist eine Handlung nie, wenn ein Erfolg nicht eingetreten. Der Nichteintritt zeigt eben, dass sie nicht kausal war. Aber es darf auch weiter gesagt werden, dass es im allgemeinen derartige Handlungen, die unter allen Umständen ungeeignet seien, den beabsichtigten Erfolg hervorzurufen, in Wirklichkeit garnicht gibt, im Einzelfall dagegen jede Handlung, die nicht zum Erfolge geführt hat, als eine zu dessen Hervorbringen absolut ungeeignete sich erwiesen hat. Auf den Unterschied mit absolut untauglichen und nur relativ untauglichen Mitteln kann die Strafbarkeit oder Straflosigkeit des Versuchs nicht gegründet werden, und will man nicht letztere bei allen Handlungen mit untauglichen Mitteln statuieren, so lässt sich kein Grund geltend machen, dieselbe bei den ersteren eintreten zu lassen. Auch bei ihrer Anwendung hat der Täter das getan, was er als zur Verwirklichung seines verbrecherischen Entschlusses geeignet angesehen hat und damit seine Auflehnung gegen die Rechtsordnung betätigt. Sein Irrtum über die Tauglichkeit seiner Handlungen kann auf deren Strafbarkeit keinen Einfluss haben. Dass das beabsichtigte Verbrechen bei dem Versuch stehen blieb, hat jedesmal in einem Irrtum des Täters seinen Grund. . . . Gleichgiltig aber muss es bleiben, in Bezug auf welche tatsächlichen Voraussetzungen, die nötig waren, um das Verbrechen zustande zu bringen, er geirrt hat. . . ." Das Reichsgericht kommt dann auf Grund seiner Anschauungen folgerichtig zu dem Resultat, dass nicht nur die Versuche mit absolut untauglichen Mitteln, sondern auch am absolut untauglichen Objekt, am nicht vorhandenen Objekt und die Fälle des Mangels am Tatbestand (im engeren Sinn) strafbar seien.

Die Gegner sind darüber einig, dass es gefährliche und ungefährliche Versuche gibt, dass letztere straflos sind und dass der Unterschied beider ein objektiver ist. Die Betätigung des verbrecherischen Willens allein genügt nicht; die Tat selbst muss gefährlich sein, „die Gefahr muss der Handlung ankleben".[1])

Worin im Einzelnen das Wesen der Gefahr gesehen wird, ist verschieden.[2]) Die grösste Bedeutung kommt heute zweifelsohne der von von Kries aufgestellten Theorie der sogenannten

[1]) Horn, Der Versuch (Z 20, S. 309 ff.), S. 313.
[2]) vgl. Allfeld Lehrbuch, § 28.

adäquaten Verursachung zu,[1]) die allerdings mannigfache Modifikationen erfahren hat.[2])

„In völlig klarem und strengem Sinn kann unstreitig nur der ganze Komplex von Bedingungen, der einen Erfolg faktisch herbeiführte, die Ursache desselben heissen;“[3]) dabei ist es aber unmöglich, diese Bedingungen genauer zu charakterisieren. Man kann nicht sagen, die Bedingungen a_1 a_2 a_3 . . . . . a_n machen zusammen die Ursache des Erfolges A aus; denn diese einzelnen Bedingungen a_1, a_2 . . . stellen ihrerseits wiederum nichts anderes als den Erfolg eines Ursachen-Komplexes α_1 α_2 α_3 . . . . . α_∞ dar: der Bedingungs- und Ursachenbegriff verflüchtigt sich also vollständig. „Die (philosophische) Ursache liegt in der Relation der Dinge.“[4]) Dieser logische Ursachenbegriff hat für die Rechtswissenschaft keinen Wert. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit der einzelnen Persönlichkeit und mit dem Zusammenleben der Menschen. Der Massstab für die Richtigkeit und Tauglichkeit der juristischen Begriffe ist also nicht in der philosophischen Theorie sondern in der Erfahrung des Einzelnen und in dem Verkehrsleben der Menschen untereinander zu suchen. Die Erfahrung aber eines jeden Menschen rechtfertigt die Behauptung, „dass gewisse Bedingungen einen Erfolg jedesmal mit Notwendigkeit herbeiführen;“[5]) ja noch mehr: man kann sagen, „dass gewisse allgemein bezeichnete Bedingungen für einen Erfolg eine mehr oder minder grosse Möglichkeit darstellen.“[5]) Die Folgen, die erfahrungsgemäss bei Vorliegen gewisser bestimmter Bedingungen einzutreten pflegen, nennt man adäquate Folgen (Gegensatz: zufällige Folgen).[6]) Sind diese Folgen verpönt, so wird man bei Vorliegen ihrer Bedingungen von Gefahr sprechen können, und die Tat des Täters, der sich die mehr oder minder grosse Möglichkeit des Eintritts des Erfolges bei Vorliegen der Bedingungen zu nutze gemacht

[1]) Objektive Möglichkeit siehe oben.

[2]) Frank, § 1, III, 1d; Allfeld a. a. O., Ziff. 3.

[3]) von Kries, Obj. Möglichkeit, S. 195.

[4]) Max Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Zivil- und Strafrecht (Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 90, S. 171 ff.), S. 171.

[5]) von Kries a. a. O., S. 196.

[6]) Derselbe a. a. O., S. 224.

hat, ist eine gefährliche.[1]) Immerhin ist bei einem solchen Urteil zu beachten, dass dem Urteilenden nicht alle Umstände der Aussenwelt bekannt sind; denn sonst könnte man ja von der Gewissheit des Eintritts oder Nichteintritts des Erfolgs sprechen. Von kleinen kaum oder nicht mehr wahrnehmbaren Umständen muss bei Beurteilung eines konkreten Falles abgesehen werden. Damit ist einerseits gesagt, dass der Nichteintritt des Erfolges zwar nicht ausgeschlossen, aber doch mehr oder weniger unwahrscheinlich ist; andrerseits aber, dass von Gefährlichkeit gesprochen werden kann, auch wenn der Erfolg im speziellen Fall nicht eingetreten ist; es haben dann eben jene kaum oder nicht wahrnehmbaren Umstände eine Bedeutung erlangt, die ausserhalb der Erfahrung lag. Nach dieser Theorie kann man also von gefährlichen und ungefährlichen Versuchen sprechen.[2])

Das Reichsgericht und von Buri haben Recht, wenn von ihrer Seite immer wieder betont wird, häufig habe ein anfänglich absolut untauglich scheinender Versuch schon zum Erfolge geführt; allein damit ist über die objektive Theorie noch nicht der Stab gebrochen, sondern die Erfahrung des Beurteilenden wird eben erweitert und das Gebiet der absolut untauglichen Versuchsfälle beschränkt (vgl. oben § 2, II); dass es freilich schwierig ist, „das Gebiet der Umstände, die dem Berechenbarkeitsurteile zu Grunde gelegt werden sollen, abzugrenzen, lässt sich nicht verkennen.“[3]) Darüber kann kein Zweifel herrschen, dass die von Kries'sche Kausaltheorie dem gesunden Menschenverstand mehr zusagt, als die von jeder Erfahrungstatsache absehende „konstruierte“ Theorie des Reichsgerichtes; eine andere Frage ist freilich die, ob die Kausalität überhaupt das Gebiet ist, auf dem die untaugliche Versuchs-Frage gelöst werden kann; dem Begründer der Theorie vom adäquaten Kausalzusammenhang schien dies zweifelhaft.[4])

Dass der Versuch zur Vollendung in demselben Verhältnis stehe wie die Gefährdung zur Verletzung, kann man nur sagen,

[1]) von Kries, S. 290, 291.
[2]) Derselbe S. 299 ff., insbes. S. 301.
[3]) Allfeld Lehrbuch, S. 159, Note 22.
[4]) von Kries, Obj. Möglichkeit, S. 207.

wenn es richtig ist, dass jedes Delikt in erster Linie gegen ein individuelles Gut, Rechtsgut, Interesse oder subjektives Recht[1]) sich wendet. Nur wenn man hierin das Wesen des Deliktes sieht, lässt sich die grosse Bedeutung, die man den gefährlichen gegenüber den ungefährlichen Versuchen beilegt, rechtfertigen.

Eine interessante Sonderstellung nimmt Kohler[2]) ein. Für ihn bedeutet der Versuch eine Gefährdung, aber nicht eine Gefährdung eines individuellen Gutes, Rechtsguts usw., sondern in erster Linie wird die Allgemeinheit, d. h. die Rechtsordnung durch den strafbaren Verbrechensversuch gefährdet, und nur, wenn die Allgemeinheit gefährdet wird, liegt strafbarer Versuch vor. Kohler betont also das antisoziale Moment im Delikt. Einen strafbaren Versuch will er unter folgender Voraussetzung annehmen: „Ist ein solches Mittel oder Objekt gewählt, dass, wenn das Mittel, welches sich der Täter vorgestellt hat, das Objekt, welches sich der Täter vorgestellt hat, getroffen hätte, nach den Regeln der Natur-Ordnung der Erfolg eingetreten wäre. In Abzug gebracht wird lediglich das der Natur-Ordnung widersprechende.“ Unsere Stellung zu Kohler's Theorie wird sich unten von selbst ergeben. — Dass durch das Postulat der Gefährdung eines Rechtsguts die Kohler'sche Gefährdung der Rechtsordnung zum Teil zu nichte gemacht wird, verkennt Klee.[3])

C. Lösungsversuche von der Vollendung aus.

Eine starke Betonung des vollendeten Delikts als Gegensatz zum „blossen“ Versuch liegt ja auch bei den Lösungsversuchen mit Hilfe der Kausalität. Aber man hat auch die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs — die Fälle des Mangels am Tatbestande inbegriffen[4]) — dadurch nachzuweisen versucht, dass man unter Beiseitelassung des Gefahrbegriffs rein begrifflich

[1]) Über die Bedeutung dieser Ausdrücke für die Versuchsfrage s. weiter unten.

[2]) Kohler, Studien aus dem Strafrecht, 1. Bd., 1890, S. 7 ff.

[3]) Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 14), 1898, vgl. besonders S. 37 ff. — Über Kohler und Klee handelt ausführlich Delaquis S. 94 ff. und S. 103 ff.

[4]) Die Fälle des Mangels am Tatbestand werden im Allgemeinen gleich behandelt, wie die untauglichen Versuchsfälle, vgl. Vorentwurf, Begründung, Allg. Teil, S. 289 Note 1.

vorging: Wo keine Vollendung möglich ist, ist auch kein Versuch möglich.[1]) „Etwas Unmögliches kann man nicht anfangen; so wenig die Ausführung des Unmöglichen möglich ist, so wenig der Anfang. . . . Ebensowenig kann man etwas Mögliches mit absolut untauglichen Mitteln anfangen, geschweige denn beendigen, weil es in diesem Falle an dem Bindemittel zwischen Wille und Objekt fehlt.“ [2]) „Wenn sich das vollendete dolose Verbrechen dadurch charakterisiert, dass der verbrecherische Dolus durch die verbrecherische Handlung seine vollständige Verwirklichung gefunden hat, so kann der Versuch dem gegenüber nur aufgefasst werden als eine Handlungsweise, in welcher die verbrecherische Absicht doch eine teilweise Verwirklichung gefunden hat. Der Versuch ist also hiernach teilweise Verwirklichung der Absicht.“ Auf diesem Gedankengang baut einer der strengsten Objektivisten seine Ansicht auf.[3]) — Ebenfalls auf die Möglichkeit der Vollendung abstellend, unter starker Hervorhebung des durch das vollendete Delikt verletzten Rechtsguts entwickelt Hagemann[4]) seine Theorie; auf seinen Ausführungen fusst zum Teil Kroschel.[5])

Vom Standpunkt des Täters aus, mit Hilfe der Kausalität und von der Vollendung aus hat man sich die Versuchsfrage zu lösen bemüht; der Standpunkt der Beobachtung ist also

---

[1]) Rossi, Traité de droit pénal. Leiden, 1878, II., pag. 311: „On ne peut commencer que ce qui est possible“, anknüpfend an den Ausdruck „commencement d'exécution“ in Art. 2 des Code Pénal von 1811. Vgl. auch Baumgarten S. 159: „Sonderbar bleibt es jedenfalls, dass die Franzosen — welche gleich den Italienern aus der Gefährlichkeit des Versuchs dessen Strafbarkeit überhaupt ableiteten — die Straflosigkeit des untauglichen Versuchs nicht mit dem Mangel an Gefahr in Verbindung bringen, sondern dieselbe aus dem Wortlaut des Gesetzes folgern, nach dem dasjenige, was nicht beendigt, auch nicht angefangen oder versucht werden könne.“ Vgl. ferner Zachariae, Versuch, S. 247.

[2]) Scherer, Gerichtssaal, Bd. 29, S. 506 und 507.

[3]) Geyer, Z I, 41/42 und Über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen; Gerichtssaal, 1866, S. 35 ff., S. 47 ff.

[4]) Hagemann, Der Versuch bei Mangel des Objekts. Goltd. Archiv, Bd. 32 (1884) S. 221 ff. bes. S. 230.

[5]) Versuch und Mangel am Tatbestand. Gerichtssaal, Bd. 41 (1889) S. 273 ff. und in der bereits erwähnten Abhandlung im Gerichtssaal, Bd. 43 (1890) S. 216 ff. Kroschel macht (Bd. 41, S. 282) den Subjektivisten den oft gehörten Vorwurf,

stets auf der Verbrechensseite gewählt worden. Wir wollen diesen Boden nun einmal verlassen und dagegen beim Wahnverbrechen unsere Aufstellung nehmen. Das Wahnverbrechen — es ist hier natürlich nur von dem unbestrittenen Fall § 2, I die Rede — ist Nichtverbrechen, ist neutraler Boden. Wenn man von der Vollendung aus den Versuch betrachtet, so ist man, wie bereits erwähnt, nur allzugern bereit, das Gemeinsame von Versuch und Vollendung zu übersehen, den Versuch einfach als ein minus gegenüber der Vollendung zu betrachten und bei ihm sämtliche Tatbestandsmerkmale mit Ausnahme des Erfolges zu fordern. Die Begriffe Vollendung und Erfolg bilden im Grunde das tiefste Fundament, auf dem die objektiven Theorien — auch diejenigen, welche eine Lösung vom Standpunkt des Täters aus versuchen, vgl. oben § 4, A a. E. — aufbauen; von hier aus werden Schlüsse für den tauglichen Versuch und den absolut untauglichen Versuch gezogen. Erinnern wir uns nun wieder unserer Aufgabe, untauglichen Versuch und Wahnverbrechen zu scheiden und betrachten wir den Gedankengang der Objektivisten nun auch einmal vom Standpunkte des Wahnverbrechens aus. Verglichen mit dem Wahnverbrechen oder Nichtverbrechen haben Vollendung und Versuch etwas Gemeinsames: beide sind strafbar. Diese Erkenntnis hat auf den obigen Gedankengang der Objektivisten einigen Einfluss: Wenn es eine gemeinsame Eigenschaft von Versuch und Vollendung gibt, so dürfen wir, wenn wir das Wesen des Versuches und damit auch des absolut untauglichen Versuches kennen lernen wollen, nicht bei der Untersuchung der Vollendung

---

sie bestrafen (beim Versuch am untauglichen Objekt, am nicht vorhandenen Objekt und in den Fällen des Mangels am Tatbestand) die verbrecherische Gesinnung; diese Versuche seien nur subjektiv gefährlich; in diesen Fällen habe die Polizei, nicht das Strafrecht einzugreifen. Dieser Einwand findet sich auch bei Zachariae, Versuch, § 128 S. 244, wo ausgeführt wird: „Eine Handlung, durch welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach, nie der beabsichtigte Zweck erreicht werden kann, ist bloss subjektiv gefährlich. Ihr mag die Polizeigewalt entgegentreten, in das Gebiet des Strafrechts gehört sie nicht, so wenig (!) wie die Drohung mit Begehung eines Verbrechens, die doch auch zugleich eine äussere Handlung ist; die Strafgesetzgebung verkennt ihren Standpunkt gänzlich, wenn sie solche Handlungen in ihren Bereich zieht.“ (§ 241 StGB.!) Vgl. auch die Bemerkung Stenglein's zu der Abhandlung Kroschels in Band 43.

stehen bleiben, sondern müssen auch jene gemeinsame Eigenschaft einer Betrachtung unterziehen; wir müssen m. a. W. zwecks Lösung der „untauglichen Versuchs"-Frage das Wesen der strafbaren Handlung überhaupt zu erkennen suchen. Dass von Seiten der Objektivisten das Gemeinsame von Versuch und Vollendung übersehen wurde, kommt daher, dass man eben nicht von den abstrakten Begriffen Erfolg und Vollendung ausging, sondern an den in der Vollendung steckenden materiellen Erfolg, an das hinter dem abstrakten Erfolgsbegriff steckende konkrete Objekt des Verbrechens dachte. Damit, dass das konkrete Objekt des Verbrechens in die Debatte gezogen wurde, wurde das Gleichgewicht, das insofern zwischen Versuch und Vollendung besteht, als eben beide strafbare Handlungen sind, zu Gunsten der Vollendung verschoben (vgl. § 5). Sämtliche Lösungen der Objektivisten legen dem Objekte des Verbrechens massgebende Bedeutung bei (vgl. die Schlussbemerkungen zu § 4, A, B, C). In der Lösung der Frage nach dem Objekt des Verbrechens liegt der Schlüssel zum untauglichen Versuchsproblem. Damit ist gesagt, nach welcher Richtung hin insbesondere wir das Wesen der strafbaren Handlung zu untersuchen haben.

Abschliessend sei noch bemerkt, dass wir im Vorstehenden nur die allerwichtigsten Lösungsversuche skizziert haben, und auch diese nicht vollzählig. Es lag uns daran, die charakteristischen Typen zur Darstellung zu bringen; die ganze grosse Gruppe der Schriftsteller, die sich vermittelnd zwischen Subjektivisten und Objektivisten stellen, haben wir beiseite gelassen, um möglichst scharf die Prinzipien erfassen zu können, von denen die radikalen Theorien ausgehen. Die Objektivisten haben wir eingehender behandelt als die Subjektivisten, weil die Argumente, die man für die subjektive Theorie ins Feld führt, der Zahl nach gering sind, während die objektive Theorie nicht müde geworden ist, stets von neuem Beweismaterial für ihre Ansicht zu sammeln. Wir lassen im folgenden die subjektive Theorie vorerst beiseite und suchen der Frage nach dem Wesen und Objekt[1]) der strafbaren Handlung näher zu treten.

[1]) Vgl. Allfeld, Lehrbuch, § 4 Ziff. 2 und Kessler, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse oder subjektives Recht? Ein Beitrag zur Lehre des

§ 5. Ein neuer Lösungsversuch.

Wir wollen die Frage nach dem Wesen und insbesondere Objekt der strafbaren Handlung natürlich nicht in ihrer Allgemeinheit behandeln; uns liegt vielmehr daran, sie zu beantworten im Hinblick auf das untaugliche Versuchs-Problem. Vergegenwärtigt man sich nun, dass nicht nur die Strafrechtswissenschaft als Ganzes, sondern auch jedes ihrer vielen Probleme eine eigene Geschichte hat, so liegt es eigentlich sehr nahe, einmal zu fragen, wie denn der Schöpfer der untauglichen Versuchsfrage, der doch auch ein Objektivist war, sich zu den Problemen gestellt hat, auf die wir bei der Darstellung der objektiven Theorie gestossen sind. Gerade der Zusammenhang zwischen dem Objekt beim Verbrechen und der Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs sollte sich an der Quelle, aus der die untaugliche Versuchsfrage entsprungen ist, besonders gut studieren lassen. In diesem Sinn wollen wir die uns interessierenden Probleme zunächst bei Feuerbach einer kurzen Betrachtung unterziehen, sodann ihre Entwicklungsrichtung nach der Gegenwart hin streifen und dann die gewonnenen Resultate mit den Anschauungen der Gegenwart vergleichen.

A. Feuerbach.

Feuerbach und seine Nachfolger suchten die strafrechtlichen Probleme dadurch zu lösen, dass sie philosophische Systeme aufstellten und sie bis in allen Details konsequent entwickelten.[1]) Damit schlugen sie zwar in der Strafrechtswissenschaft eine Richtung ein, die sie selbst aufs nachdrücklichste verdammten,[2]) für uns aber liegt hierin ein grosser Vorteil: an irgend einer kleinen, verhältnismässig unwichtigen Verästelung des Systems beginnend, muss es jederzeit möglich sein, zu den Grundanschauungen Feuerbach's vorzudringen.

I. Wir haben schon oben die bekannte Stelle aus Feuerbach's Lehrbuch citiert, die sich über die Strafbarkeit bezw.

Verbrechens. Gerichtssaal (1887) Bd. 39 S. 94 ff., bes. 103 ff. Sehr stark betont wird das konkrete Objekt bei Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1904 S. 1113, insbes. S. 1115 und 1116.

[1]) Vgl. Baumgarten, Versuch, S. 247.

[2]) Derselbe, Versuch, S. 228 ff., insbes. 229.

Straflosigkeit der untauglichen Versuchshandlungen ausspricht. In einer Anmerkung zu dieser Stelle bemerkt nun Feuerbach: (der untaugliche Versuch ist deswegen straflos) . . . . „weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äusseren Recht widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann äusserlich rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt oder gefährdet. Die rechtswidrige Absicht gibt keiner Handlung das Merkmal der Rechtswidrigkeit. Wer von dem Verbrechen der Mitteilung des vermeintlichen Gifts, von dem Versuch der Tötung eines Leichnams[1]) spricht, verwechselt das Moralische mit dem Rechtlichen, die Gründe der Sicherheitspolicey mit dem Recht zur Strafe." Und in der „Revision" führt Feuerbach bei Besprechung des Gegensatzes zwischen äusserer rechtlicher und innerer moralischer Strafwürdigkeit aus: „Die rechtlich äussere (scil. Strafwürdigkeit) muss doch unstreitig von der Gefährlichkeit der Handlung ausgehen, weil bei der bürgerlichen Strafbarkeit so wie bei keinem Gegenstande des äusseren Forums von der moralischen Schuld und dem moralischen Verdienst keine Rede ist."[2]) Feuerbach will also eine vollständige Trennung von Moral und Recht, darum berücksichtigt er die äussere Handlung, die Tatseite, viel mehr als die Psyche des Täters, und ebendeshalb ist der einzige Masstab, den er an eine Tat anlegen kann, der der Gefährlichkeit. Revision S. 5 „ . . . . Dieses Subjekt — der Verbrecher — wird blos darum bestraft, weil es jene gesetzwidrigen Handlungen begangen hat, weil es Ursache von Handlungen ist, welche den zureichenden Grund zu einem solchen Übel in sich enthalten."

Wie kommt Feuerbach zu dieser harten und scharfen Trennung zwischen rechtlicher und moralischer Verantwortlichkeit? Warum wird das Recht so veräusserlicht? Was erschien denn damals als Aufgabe des Strafrechts? Was war „Objekt des Verbrechens?"

II. Für das vollendete Verbrechen ist es nach Feuerbach charakteristisch, dass es ein Recht eines Bürgers verletzt, das Recht des Bürgers auf Ehre, sein Recht auf Leben, auf Eigentum,

[1]) Man denke an den Fall, dass jemand einen, den er für schlafend hält, der aber in Wirklichkeit tot ist, ermorden will.

[2]) Revision der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts von Paul Johann Anselm Feuerbach, Giessen und Wetzlar 1808, Einleitung S. XXII.

auf Freiheit usw. Diese Rechte, die die Objekte des Verbrechens darstellen, sind nichts anderes als die sogenannten Menschenrechte. Die einzelnen Menschenrechte waren insgesamt ein Ausfluss aus dem heiligsten aller Menschenrechte, dem Recht auf Freiheit. „Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits" (Artikel 1 der Déclaration de l'homme et du citoyen in der französischen Konstituante vom 26. August 1789). Dass Feuerbach davon ausging, dass es Menschenrechte, insbesondere das Recht auf Freiheit, waren, die der Verbrecher verletzte, geht aus Äusserungen wie den folgenden klar hervor: § 15 des Lehrbuchs von 1803: „Der allgemeine Grund der Nothwendigkeit und des Daseyns derselben (= der Strafe) ist die Nothwendigkeit der wechselseitigen Freyheit Aller, ... § 21: Wer die Grenzen der rechtlichen Freyheit überschreitet, begeht eine Rechtsverletzung, Beleidigung, laesion. Wer die durch den Bürgervertrag guarantierte und durch Strafgesetze gesicherte Freyheit verletzt, begeht ein Verbrechen, dieses ist daher . . . . eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines Andern widersprechende Handlung." Ob man jedes einzelne der Rechte auf Ehre, Leben, Eigentum . . . . ein Menschen-Recht heisst, oder ob man[1]) mit Feuerbach nur die alle diese Rechte umfassende Freiheit als solch angeborenes Menschenrecht gelten lässt, ist für unsere Zwecke gleichgiltig; überhaupt kommt die gegensätzliche Stellung, die Feuerbach den Anschauungen der naturrechtlichen Zeit gegenüber teilweise einnimmt, hier weiter nicht in Betracht. An den Elementen des Naturrechts hat Feuerbach nichts geändert, und wenn man etwa darnach fragt, worin sich Feuerbach's Anschauung über das Naturrechtszeitalter von der damaligen französischen Auffassung unterscheidet, so sei auf die treffliche Bemerkung Falckenberg's über die Eigenart der deutschen Philosophie verwiesen;[2]) das Wort Falckenberg's trifft auch für Feuerbach zu.

[1]) Vgl. auch Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Zweyte Auflage, Königsberg 1798, Einleitung Seite XLV: „Das angebohrne Recht ist nur ein einziges. Freyheit (Unabhängigkeit von eines Andern nöthigender Willkühr), sofern sie mit jedes anderen Freyheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht."

[2]) Vgl. Falckenberg, Geschichte der neueren Philosophie, 5. Aufl., 1905, S. 72-75.

Ursprünglich bildeten ja die Menschenrechte keineswegs einen Schutzwall, der zur Abwehr des Verbrechers errichtet war, sie waren vielmehr das Resultat der politischen Forderung, dass der Staat in die Sphäre des Untertanen möglichst wenig eingreifen solle, und sie bildeten die Grenze, welche der Staat bei seinen Eingriffen in den Lebenskreis der Einzelnen normalerweise nicht überschreiten durfte.[1]) Geht man noch weiter zurück, so findet man, dass hinter der politischen Forderung nach Menschenrechten religiöse Bedürfnisse standen.[2]) Entsprang also der Ruf nach Menschenrechten dem tiefsten Drang des menschlichen Herzens, so wird es verständlich, dass man das Menschenrecht nicht nur als Schranke gegenüber dem Staat betrachtete, sondern ganz allgemein von allen Menschen seine Hochschätzung forderte, und dass das Strafrecht sich der Menschenrechte als der wichtigsten Schutzobjekte annahm.

III. Das Menschenrecht ist eine öffentlich-rechtliche Institution, die Rechtsverhältnisse in sich schliesst, denen wir im allgemeinen auf dem Gebiete des Privatrechts zu begegnen gewohnt sind. Vielleicht bringt es Klarheit in unsere Frage nach dem „Objekte des Verbrechens", wenn wir einmal auf den Staat, für den das Bestehen solcher Menschenrechte charakteristisch ist, einen kurzen Blick werfen.

Die für den Staat des Naturrechts, den Staat der Menschenrechte, typische Verfassung ist in der — schon oben genannten — „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" enthalten. Die frei und gleich geborenen, von der Natur mit den Menschenrechten ausgestatteten Menschen gründen den Staat durch einen Gesellschaftsvertrag.[3]) Der Staat besteht also im Grunde dank

[1]) Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 2. Aufl., 1904, (Vgl. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen, Bd. I, Heft 3) S. 7.

[2]) Jellinek, Menschenrechte, S. 35 ff.

[3]) Es ist hier nicht an den Contrat social Rousseau's zu denken. Im Contrat social Rousseau's übergibt der Einzelne beim Abschluss des Vertrags alle seine Rechte an die Gesellschaft: Du contrat social I 6: „. . . savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté." Jellinek weist in seinen „Menschenrechten" nach, dass eine Proklamierung der Menschenrechte durchaus nicht im Sinne Rousseau's lag; nach Rousseau hatte der Einzelne nach Abschluss des Vertrags nur Rechte von Gesellschafts Gnaden. Die Déclaration vom 26. August 1789 geht vielmehr auf die Bills of rights zurück, die den Verfassungen der nordamerikanischen Staaten Virginia, Pennsylvania usw. zu jener Zeit vorangestellt wurden.

der Gnade der Einzelnen, und auf den Schutz der Einzelnen ist auch sein Zweck abgestellt. „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme" (Art. 2 der Déclaration). Feuerbach schreibt in § 8 seines Lehrbuchs: „Die Vereinigung des Willens und der Kraft Einzelner zur Guarantie der wechselseitigen Freyheit Aller begründet die bürgerliche Gesellschaft. Eine durch Unterwerfung unter einen gemeinschaftlichen Willen und durch eine Verfassung organisierte bürgerliche Gesellschaft ist ein Staat. Sein Zweck ist die Errichtung des rechtlichen Zustands, d. h. das Zusammenleben der Menschen nach dem Gesetze des Rechts."

Wenn nun die einzige Aufgabe des Staates war, den Einzelnen, d. h. seine Menschenrechte zu schützen, sollte man da nicht meinen, schon der allerleiseste Angriff des Verbrechers, also auch ein untauglicher Versuch, hätte genügt, den Staat zum Einschreiten mit aller Schärfe zu veranlassen? Man mag im ersten Augenblick geneigt sein, die Frage zu bejahen; man bedenke jedoch, dass der Staat des Natur-Rechts die direkte Reaktion gegen den Absolutismus, der noch in allzufrischer Erinnerung war, darstellte, und man wird verstehen, dass ein rasches Eingreifen des Staats nicht im Sinne der naturrechtlichen Anschauungen lag.[1])

IV. Neben diesem etwas äusserlichen Grund gab es auch noch tiefere Gründe, die für eine milde Behandlung des Verbrechens sprachen.

Das ausgehende XVIII. Jahrhundert zeigt alle Licht- und Schattenseiten, welche für eine Kultur, die auf dem Individualismus als Massenerscheinung aufbaut, charakteristisch sind. Das Individuum, der Einzelne, ist in den Vordergrund gerückt auf allen Gebieten. Nur das Ich wird betont; nur die Gegenwart hat recht, die Werte, die das verhasste Zeitalter des Absolutismus hervorgebracht hat, werden ignoriert; dass der Geschichte irgendwie Bedeutung beizumessen sei, wird bestritten. Der kalte secierende Verstand ist der einzige Masstab, mit dem alles gemessen wird, und so werden althergebrachte Autoritätsverhältnisse zerbröckelt und vernichtet. Die historische Bedeutung des Staats wird geleugnet;

[1]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1905, S. 240 a. E.

der Staat wird „konstruiert“ als Vertrag, abgeschlossen von den Einzelnen, um deretwillen der Staat allein existiert. Das jahrtausendlange Bündnis von Staat und Kirche wird gelockert. Ebenso wie die Fundamente des historischen Staatsgebildes werden auch diejenigen der Kirche untergraben. Die Gottesbeweise halten der Kritik gegenüber nicht Stand und bieten so eine willkommene Gelegenheit, die der christlichen Religion entspringenden Moralvorschriften, die den „Freidenkern“ von jeher verhasst gewesen waren, über den Haufen zu werfen. Staat und Kirche sollen getrennt sein, und Recht und Moral sollen nichts mehr miteinander zu tun haben. Die Norm für das Verhalten in der Öffentlichkeit, im Staatsleben, lag einzig in den Menschenrechten begründet; nicht in den strengen Vorschriften der christlichen Moral: „Die Sitten werden milde; selbst das Laster „verliert alle Hässlichkeit“, wird schicklich (wie alles Geltende, das sich selber seine Regeln gibt), ja wird beinahe zu einer Art „milder“ Tugend.“ [1]) Man wurde „human“; und diese Humanität betätigte sich gerade beim Verbrecher. Dass man sich mit dem Seelenleben des Verbrechers beschäftigte, war zu begrüssen; aber ein Zeichen von Schwäche war es, dass dieses Interesse teilweise in vollkommene Sympathie umschlug.[2])

Die im obigen geschilderte (für die Franzosen charakteristische — s. Falckenberg a. a. O., S. 72) Zersetzung der Ethik lag nun allerdings Feuerbach fern, aber, von den naturrechtlichen Anschauungen sehr stark beeinflusst, musste er zu einer vollständigen Trennung von Recht und Moral kommen.[3])

---

[1]) Vgl. die grossartige Schilderung bei Thomas Carlyle, The French revolution, a history (1834—1835), cap.: Astraea redux. (Bei Otto Hendel in Halle ist eine deutsche Übersetzung von Daufalik erschienen, vgl. dort S. 30.).

[2]) Vgl. Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909, S. 24 und 25.

[3]) Kant geht in dieser Beziehung ausserordentlich weit. Einleitung in die Rechtslehre S. XLV: Rechtlich sei es einem Menschen durchaus erlaubt, seinen Nebenmenschen etwas zu erzählen oder zu versprechen, es sei wahr und aufrichtig oder unwahr und unaufrichtig (veriloquium aut falsiloquium), weil es bloss auf Ihnen beruht, ob sie ihm glauben wollen oder nicht.

„Vorsetzlich, wenn gleich bloss leichtsinniger Weise, Unwahrheit zu sagen, pflegt zwar gewöhnlich Lüge (mendacium) genannt zu werden, weil sie wenigstens sofern auch schaden kann, dass der, welcher sie treuherzig nach-

V. Die oben (I.) citierten Ausführungen Feuerbach's dürften nun verständlich geworden sein. Objekt des Verbrechens ist ein Menschenrecht. Man erinnere sich, zusammenfassend, alles dessen, was mit dem Wort „Menschenrecht" historisch und psychologisch zusammenhängt, und dann frage man sich, wie sich Feuerbach und das Natur-Recht überhaupt notwendigerweise zum untauglichen Versuch stellen musste. Wenn das vollendete Verbrechen das Menschenrecht des Einzelnen verletzte, worin bestand dann das Wesen des Versuchs? In der „Betätigung des verbrecherischen Willens"? Das ging das Innenleben des Täters an, vielleicht seine Moral, wenn er eine solche hatte. Moral und Recht aber hatten nichts miteinander zu tun. Moral war Privatsache. Der Staat hatte nur auf das Recht zu sehen. Das Kriterium des strafbaren Versuchs musste auf der sichtbaren Seite des Verbrechens, auf der Tatseite liegen. Die Beziehung der Handlung des Täters zu dem angegriffenen Menschenrecht musste das Gebiet sein, auf dem eine Lösung der Versuchsfrage anzustreben war. Der Grund für die Strafbarkeit des Versuchs konnte in garnichts anderem gesehen werden, als in seiner Gefährlichkeit. Nur soweit das (Menschen-)Recht des Einzelnen gefährdet war, lag ein strafbarer Versuch vor. Bei den absolut untauglichen Versuchen (im weitesten Sinn) lag aber eine Gefährdung nicht vor, also mussten sie straflos bleiben.

Man sieht: dass der absolut untaugliche Versuch straflos zu bleiben habe, war nicht eine rein zufällige Ansicht Feuerbach's, sondern die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs hängt mit dem Natur-Recht, mit der Staatsauffassung und der Kultur jener Zeit aufs allerinnigste zusammen.

Man könnte vielleicht noch einwenden, dem Staat des Natur-Rechts hätte eine Reaktion auch gegen den absolut untauglichen Versuch deswegen entsprochen, weil ja der absolut untaugliche

sagt, als ein Leichtgläubiger andern zum Gespötte wird. Im rechtlichen Sinn aber will man, dass nur diejenige Unwahrheit Lüge genannt werde, die einem Andern unmittelbar an seinem Recht Abbruch thut z. B. das falsche Vorgeben eines mit jemanden geschlossenen Vertrags, um ihn um das Seine zu bringen (falsiloquium dolosum . . .)."

Versuch die Gesellschaft als Ganzes, wenn sie von dem verbrecherischen Willen Kenntnis erlange, beunruhige, bezw. in ihrer Sicherheit gefährde. Allein soviel man in jener Zeit auch von Gesellschaft sprach, so wenig doch dachte man soziologisch. Durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages entstand kein sozialer Körper, der einen von dem des Einzelmenschen ganz verschiedenen Bau und auch ein anderes und daher anders angreifbares Leben hatte — eine solche Einheit bestand bloss dem Namen nach „Gesellschaft" — tatsächlich waren es nur viele Einzelne.[1])

Das ist ein echter Zug Feuerbach's, dass sich bei ihm in der Lösung einer damals recht unwichtigen Frage doch der Geist jener ganzen Zeit wiederspiegelt; das zeigt so schön, wie innig er mit seiner Zeit verwachsen war, wie tief er sie erfasste, und mit welcher Schärfe er sein System entwickelte.

B. Entwicklungsansätze in der Zeit nach Feuerbach.

Die Ansicht Feuerbach's vom Wesen des Verbrechens hat ihre Kritik erfahren. Aber ebenso wie die Fortentwicklung und Kritik des von Feuerbach aufgestellten Versuchsproblems sich auf die Frage nach der Kausalität beschränkte und die Elemente der Lehre Feuerbach's unberücksichtigt lässt, so auch diese andere Kritik: Birnbaum bestreitet, dass durch das Verbrechen ein Recht des Einzelnen z. B. auf Leben, auf Ehre usw. verletzt werde;[2]) er weist darauf hin, dass die Italiener[3]) davon ausgehen, dass der Verbrecher nicht sowohl ein Recht des Einzelnen, als vielmehr das Interesse des Staates, ja ein Recht des Staates durch seine Untat verletze. Soweit geht nun Birnbaum selber nicht;

[1]) Vgl. Schäffle, Abriss der Soziologie, herausgegeben von K. Büchner, 1906, S. 53/54 und 60.

[2]) Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. (Neues Archiv des Kriminalrechts 1834, S. 150 ff.), vgl. auch Thibaut, Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie, Hamburg, 1802, S. 28 ff.

[3]) die wohl immer einen schärferen Blick für Staats- und Machtfragen und für die Stellung des Einzelnen dem Staate gegenüber hatten? (Dante, Macchiavelli, Napoleon Bonaparte).

ihm ist Verbrechen Verletzung eines allen gleichmässig vom Staate garantierten Gutes; er wehrt sich gegen die Ansicht, als läge die Pflicht der Staatsgewalt, den Mord zu strafen, weniger in der Verpflichtung derselben, das Leben der einzelnen Menschen als solches zu schützen als vielmehr in der Verpflichtung, den Staat als Ganzes zu erhalten (S. 180). (Dass es Verbrechen gibt, die den Staat als solchen bedrohen — Hochverrat — hat natürlich weder Birnbaum noch Feuerbach übersehen.)

Für die Frage des untauglichen Versuchs ist es zunächst gleichgiltig, ob man davon spricht, das vollendete Verbrechen verletze ein (Menschen-)Recht oder ein Gut. Das Gut i. S. Birnbaums und das Recht i. S. Feuerbachs werden durch den untauglichen Versuch gleich wenig gefährdet. Und Gefährlichkeit will auch Birnbaum beim strafbaren Versuch. Aber insofern bringt die Ansicht Birnbaums etwas Neues, als das persönliche Band zwischen den Menschen und den Gütern dieser Welt, dieses Recht auf Leben, Recht auf Ehre, Recht auf Eigentum, zerrissen ist. Einen Schutz der Güter, sozusagen um ihrer selbst willen, gibt es bei Feuerbach nicht.[1]) Bei Feuerbach werden die Güter nur geschützt, weil der Bürger jetzt im Augenblick ein Recht auf sie hat; ist dieses Recht verwirkt, so sind die Güter selbst schutzlos; wer einen zum Tode Verurteilten, als einen der sein Recht auf Leben verwirkt hat, tötet, hat nach Feuerbach höchstens eine Polizeistrafe, sicherlich aber keine Anklage wegen Mords oder Totschlags zu gewärtigen. Natürlich werden auch bei Birnbaum die Dinge nicht um ihrer selbst geschützt, sondern nur insoweit sie „Güter" sind, also wegen der Menschen, die sie besitzen, denen sie gehören, die sie gebrauchen usw.; aber diese persönliche Beziehung, die Feuerbach und seiner Zeit so wesentlich schien, dieses Menschenrecht wird gar nicht mehr betont, sondern tritt ganz in den Hintergrund. Man kann sagen, der Einzelne und die Güter werden einander gegenseitig fremder.

[1]) In der Gegenwart ist es z. B. bei der Tierquälerei § 360 Ziff. 13 StGB. bestritten, ob sie um des Tieres willen gestraft wird, oder weil durch sie das menschliche Gefühl, Empfinden verletzt wird. Vgl. Frank zu § 360 Ziff. 13 und Allfeld, Lehrbuch, S. 649/650; vgl. auch Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16. Aufl., 1891, S. 88/89.

Die Theorie des Naturrechts war ein Ausfluss der Kultur des ausgehenden XVIII. Jahrhunderts. Das Aufkommen der Gütertheorie ist der natürliche Ausdruck der wirtschaftlichen und mit ihr Hand in Hand gehenden politischen Entwicklung, die im beginnenden XIX. Jahrhundert Platz greift. Der Staat der Menschenrechte wurde durch die nach der französischen Revolution einsetzende Kritik des Verfassungslebens vernichtet. Der Staat erscheint nun nicht mehr als durch den Vertrag freier Bürger entstanden, sondern in ihm offenbart sich ein Machtverhältnis. Der frei geborene Bürger mit seinen unverletzlichen Menschenrechten verschwindet in der „Masse", die um „Güter" kämpft.[1])

Lag schon in der vom Naturrecht postulierten „Gefährdung" beim Versuch eine starke Betonung der Vollendung gegenüber dem Versuch, so wurde dieses Bestreben noch unterstützt durch Aufkommen der Gütertheorie. Wer nur daran denkt, dass beim vollendeten Delikt der Erfolg in der Verletzung eines Guts besteht, für den ist der Versuch nichts weiter als ein Stadium auf dem Weg der Vollendung, und für den ist es auch ganz selbstverständlich, dass ein Versuch nur vorliegt, wenn alle Tatbestandsmerkmale der Vollendung mit Ausnahme des verpönten Erfolges vorhanden sind; für den ist der Tatbestand der Vollendung so sehr der bedeutendere, dass er von der Vollendung als dem „Verbrechen" schlechthin und dementsprechend von einem „versuchten Verbrechen" spricht, übersehend, dass der Versuch auch verboten, also selbst ein „Verbrechen" ist.[2])

Dass das Verbrechen gegen den Staat sich richte, wird sicherlich zur Zeit des Naturrechts nicht behauptet, aber doch steckt im Menschenrecht ein Körnchen vom Staatsbegriff; denn der Staat des Naturrechts und das Menschenrecht bedingen einander gegenseitig. Wer also davon spricht, der Verbrecher verletze die Menschenrechte, der deutet damit, wenn auch äusserst bescheiden, an, dass das Verbrechen im Menschenrecht auch den Staat treffe. Wer aber davon ausgeht, dass das Verbrechen ein Gut verletze, der ignoriert nicht nur die bereits besprochene, im Menschenrecht

[1]) Vgl. z. B. Sombart, Sozialismus und soziale Bewegung, 5. Aufl., 1905, S. 47 ff.

[2]) Vgl. Frank zu § 43 I 1; richtig Allfeld, Lehrbuch, S. 166 Note 2.

steckende Beziehung des Menschen zu den Gütern, sondern der leugnet auch jede Beziehung des Verbrechens zum Staat. Der innige Zusammenhang zwischen Naturrechtsstaat, Menschenrecht und Stellung des Staats zum Einzelnen wurde zur Zeit des Aufkommens der Gütertheorie zerrissen. Menschenrecht und Vertragsstaat wurden vernichtet und nur beibehalten wurde die naturrechtliche Forderung, der Staat sei dazu da, die Einzelnen zu schützen.[1]) Entsprach das letztere den Anschauungen jener Zeit, so ist es durchaus verständlich, dass die Strafrechtswissenschaft sich daran machte, die Objekte der Einzelnen, die der Staat zu schützen hatte, bezw. gegen welche das Verbrechen sich richtete, genauer zu untersuchen. Und so haben sich im Anschluss an die Theorie, dass das Verbrechen ein Gut verletze,[2]) noch weiter die Ansichten entwickelt, durch das Verbrechen werde ein Rechtsgut, ein Interesse oder ein subjektives Recht verletzt.[3]) Bezüglich der Frage nach der Strafbarkeit bezw. Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs stehen sich diese Ansichten alle gleich. Die genauere Erforschung des Objektes des Verbrechens hat natürlich die Hervorhebung des Erfolgs und der Vollendung gegenüber dem Versuch noch gefördert. — Unsere Stellung zu der Gütertheorie wird sich bei Besprechung der Gegenwart zeigen. Für den Augenblick sei nur soviel bemerkt: Beim „Interesse“ wird die wirtschaftliche Beziehung des Menschen zum Gut, beim subjektiven Recht die rein formale privatrechtliche Beziehung betont, während das Menschenrecht beide Beziehungen und noch viel mehr umfasst; in dem „Recht“ des Menschenrechts ist eben eine ganze Kultur kristallisiert oder konzentriert; die Geistesrichtung jener ganzen Periode fand eben nicht in der Philosophie, nicht in der Kunst ihren markantesten Ausdruck, sondern im Recht, im Natur-Recht. Als

[1]) Jellinek, Allgem. Staatslehre S. 240—241.

[2]) Über die Reaktion gegen diese Theorie vgl. Mittermaier, Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt und der Versuch mit untauglichen Mitteln. Gerichtssaal, 1859, S. 424. — Über die modernen Anhänger dieser Theorie vergl. Allfeld, Lehrbuch, S. 19 Note 6 und Oetker, Rechtsgüterschutz und Strafe, in Z 17, S. 493 ff.

[3]) Vgl. die oben angeführte Abhandlung von Kessler. Die Betonung des subjektiven Rechts findet sich besonders bei Loening, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885, Vorrede, S. IV ff.

die Gütertheorie aufkam, hatte das Recht diese umfassende Bedeutung nicht mehr; es war nicht mehr der Kulturträger, sondern ein Kulturfaktor neben vielen anderen. Das Charakteristikum dieser letzteren Zeit erscheint uns in der wirtschaftlichen Entwicklung gelegen; hätten wir also zwischen den Ausdrücken Gut, Rechtsgut, Interesse und subjektives Recht zu wählen, so würden wir uns für das „Interesse" entscheiden.

Wir haben bis jetzt den Ursprung der untauglichen Versuchsfrage sowie deren Beziehung zum „Objekt" des Verbrechens betrachtet, sodann die Entwicklungsrichtung dieser Fragen in der nach Feuerbach'schen Zeit gestreift und wollen, bevor wir zur Gegenwart übergehen, noch eines Schriftstellers gedenken, der mit Feuerbach manche Ähnlichkeit hat, in manchem aber auch der Antipode Feuerbach's ist, und an welchem wir gewissermassen eine Probe darauf machen können, ob unsere Ansicht über Feuerbach und seine Zeit richtig ist. Zeitlich etwa in der Mitte zwischen Feuerbach und der Gegenwart stehend, ragt Köstlin insbesondere dadurch hervor, dass er es ähnlich wie Feuerbach unternimmt, ein vollständig geschlossenes, bis in die kleinsten Einzelheiten scharfsinnig durchgeführtes Strafrechtssystem auf philosophischer Grundlage (im Anschluss an Hegel) zu entwickeln.[1]) Die Voraussetzungen, von denen Köstlin ausgeht, bilden das genaue Gegenstück zu denen Feuerbach's: „Das Recht ist (nichts anderes als) eine Form der Sittlichkeit. Was in subjektiver Form die Moral ist, das ist in objektiver Form das Recht."[2]) Das Recht ist die Sittlichkeit in der Form des äusseren Daseins.[3]) Der Staat ist der Ausdruck der sittlichen Idee im Gebiete des äusseren, gesellschaftlichen, räumlich und zeitlich bedingten Daseins.[4]) Das Verbrechen ist ein Angriff auf das Recht, also auf ein Grundprinzip des Staats selbst, und eben deshalb ist nicht der Träger des verletzten besonderen Rechts sondern der Staat als das Organ der angegriffenen Substanz der Rechtsidee, die zur Reaktion gegen das Verbrechen ebenso schlecht-

[1]) System des deutschen Strafrechts, I. Abt., Allgemeiner Theil. Tübingen 1855.
[2]) § 1.
[3]) § 5.
[4]) § 21.

hin berechtigte wie verpflichtete Macht.[1]) Ist es nun, wie wir oben behauptet haben, richtig, dass die eigenartige Stellung des Einzelnen im Staate und die äusserliche Trennung von Recht und Moral bei Feuerbach mit Notwendigkeit zur Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs geführt hat, dann musste Köstlin genau zum entgegengesetzten Resultat kommen. Und dies ist in der Tat der Fall: . . . „Überhaupt kann die Strafbarkeit des Versuchs nicht auf seine Gefährlichkeit gegründet werden . . . , vielmehr kann sie nur darauf beruhen, dass der Versuch selbst eine rechtsverletzende Handlung ist. Da nun auch beim untauglichen Versuch eine äussere Rechtsverletzung ausgeschlossen ist, so kann die rechtsverletzende Eigenschaft des Versuchs überall nur in dem in die Äusserlichkeit getretenen dolus liegen, also in einem Moment, das beim untauglichen Versuch ebenso vorhanden ist wie beim tauglichen.“ [2])

C. Die Gegenwart.

Wir setzen nunmehr der Zeit Feuerbach's die Gegenwart entgegen und prüfen, wie sich dieselbe zu den Elementen stellt, aus denen Feuerbach's Ansicht über den Versuch, genauer über den absolut untauglichen Versuch, sich zusammensetzt.

I. a) Der Einzelne und der Staat — das sind auf dem Gebiete des geltenden Rechts nicht mehr Gegensätze im Sinne des Natur-Rechts. Der Staat ist uns nicht ein Ding, das der Einzelne mittelst eines Vertrags mit einem Andern produzieren kann; der Staat ist kein Gebäude, das man nach Belieben konstruieren kann, sondern eine historisch mit der menschlichen Gesellschaft eng verknüpfte Institution. Der Gegensatz „der Einzelne und der Staat“ hat Ähnlichkeit mit dem Gegensatz Versuch und Vollendung. Man hat den tatsächlichen Gegensatz über Gebühr hervorgehoben, man hat vergessen, dass beide Begriffe ja nur Unterbegriffe eines Oberbegriffs sind, und man hat den einen Unterbegriff für den Oberbegriff gehalten: So hat

[1]) § 21, S. 98.
[2]) S. 226.

man beim Wort „Verbrechen“ immer nur an das vollendete Verbrechen gedacht, und wenn man vom Leben und Treiben des „Menschen“ sprach, so hat man an den Einzelnen gedacht. Heute ist man sich klar darüber, dass das Leben in der Gesellschaft mit den Andern nicht ein freiwilliger Akt jedes Einzelnen ist, sondern dass das Leben als Einzelner und das Leben in Gesellschaft zwei Triebe ein und desselben „Menschen“ sind. Dem Trieb, in Gesellschaft zu leben, verdankt der Staat sein Dasein.[1])

b) Jenes Sonderleben als Einzelner interessiert den Staat direkt nicht. Der Staat schützt den Einzelnen nur, weil er Mitglied der Gesamtheit ist. Das Strafrecht schützt, um einen geläufigen Ausdruck zu gebrauchen, die Interessen der Gesamtheit, nicht die des Einzelnen. „Das Recht hat in keinem seiner Teile den Charakter eines Privatinstituts.“[2]) Dabei ist aber unter Gesamtheit nicht einfach eine zahlenmässige Vielheit, eine blosse Summe von Einzelnen zu denken, so dass die Interessen der Gesamtheit einfach eine Summe der Interessen der Einzelnen wären; vielmehr führt die Gesamtheit ein Sonderleben und hat ihre eigenen Interessen. Wo der Staat eine Handlung verbietet, verbietet er sie nur, weil sie gegen das Interesse des Staates geht.[3]) Freilich werden solche Handlungen vielfach, ja in den meisten Fällen aber nicht immer, auch die Einzelnen schädigen. Allein um deswillen schreitet der Staat nicht ein. Die Interessen der Einzelnen müssen die

---

[1]) Ahrens, Natur-Recht, 6. Aufl., 1870, Bd. II, S. 13: . . . „Die Lehre von den Menschenrechten ist in ihrem innersten und edelsten Kern der praktische Ausdruck der modernen Anschauung, dass das Recht seinen Grund nicht in dem Staate . . . sondern in dem unwandelbaren Wesen des Menschen hat.“ Das ist nicht richtig; denn Mensch und Staat sind eben keine Gegensätze in diesem Sinne.

[2]) Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 13.

[3]) Zum nachfolgenden vergleiche: Jellinek, die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 42 ff.; ferner Neumayer, Die verbotene Handlung im internationalen Strafrecht Z. 23 (1903) S. 442 ff.; Hegler, Prinzipien des internationalen Strafrechts, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 67 (Sonderdruck), S. 38 und Frank, „Vollendung und Versuch“, vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil V, 1908, S. 162 ff., auch Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 248, 249.

Kraft gehabt haben, sich als gemeinsame geltend zu machen, wenn der Staat sich ihrer annehmen soll. Haben sie dies gekonnt, hat also der Staat durch das Strafgesetz eine bestimmte Handlung verboten, so ist damit gesagt, dass der Staat selbst, die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, dass die Handlung unterbleibt. Das Interesse des Einzelnen an dem Unterbleiben mag grösser oder kleiner sein als das staatliche: auf das Einzelinteresse kommt es, nachdem der Staat gesprochen hat, nicht mehr an.

Angenommen nun, das Wesen des Versuchs bestehe in der Gefährdung, was wird dann bei einem Delikt eigentlich gefährdet? Das Gut oder das Interesse des Einzelnen? Das mag der Fall sein; allein hierauf kommt es ja nicht an, denn das Delikt geht ja gegen das Interesse des Staates. Dieses letztere wird aber beim tauglichen und untauglichen Versuch in gleicher Weise „gefährdet“:[1]) Äusserlich schadet der taugliche Versuch so wenig wie der untaugliche, und innerlich enthalten beide eine Auflehnung gegen das Recht, gegen das Interesse des Staates. Die Worte „Anfang der Ausführung“ in § 43 StGB. können demnach nur negativen Sinn haben: Vorbereitungshandlungen sind straflos.

II. Die rein äusserliche Trennung Feuerbach's zwischen Recht und Moral widerspricht den modernen Anschauungen.[2]) Der Gegensatz Recht—Moral hat ein ähnliches Schicksal erfahren wie der andere: Einzelner—Staat (vgl. oben I., a). Recht und Moral sind insofern Gegensätze, als das Recht nicht nur auf die Gesinnung sieht, sondern auch die Aussenseite, die sichtbare Seite der Tat selbst und ihre Folgen betont. Man hat diesen Gegensatz übertrieben und gesagt, das Recht sehe nur auf die Tat, ein Argument, dass in der Versuchsdebatte ungezählte Mal vorkommt, und das auch darin zum Ausdruck kommt, dass man den Subjektivisten vorwirft, sie verwechseln Recht und Moral. Gewiss — das Recht regelt das Zusammenleben der Menschen untereinander, hat die sichtbare Welt zum

[1]) Hierin sind wir anderer Ansicht als Kohler in seinen „Studien“ (oben Seite 24).

[2]) Jellinek, Sozialethische Bedeutung, S. 14 ff.

Gegenstande und kann sich daher, lobend oder tadelnd, nicht allein mit der guten oder bösen Gesinnung der Menschen begnügen, sondern muss der Aussenseite der Tat eine gewisse objektive Bedeutung beimessen. Aber — man darf das Gemeinsame von Recht und Moral nicht übersehen: Beide Mächte knüpfen an den Willen an, beide verlangen herrisch vom Menschen ein bestimmtes Verhalten. Der Inhalt der Forderungen, die von beiden Mächten an den Willen des Einzelnen gestellt werden, ist prinzipiell verschieden: Individual- und Sozial-Ethik verhalten sich zu einander wie Einzelinteresse und Staatsinteresse. Gibt man nun zu, dass Wille und Tat vom Recht berücksichtigt werden müssen, und dass daher zum Delikt böser Wille und Betätigung dieses Willens durch die Tat nötig ist, so bleibt immer noch die Frage offen, welcher der beiden Faktoren die Oberhand hat.

In älterer Zeit hielt sich das Strafrecht vorwiegend an den äusseren Erfolg der Tat;[1]) aber mehr und mehr machte sich die Tendenz geltend, auch den bösen Willen neben der Tat zu berücksichtigen. Die Bestrebungen der Gegenwart gehen dahin, gegenüber den immer mehr oder weniger zufälligen Glücken oder Missglücken der Tat in allererster Linie auf den verbrecherischen Willen zu sehen.[2]) Und das erscheint durchaus richtig. Wir haben oben (bei Geyer und Havenstein) ausgeführt, dass es lediglich vom Wissen, von der Vorstellung des Täters abhängt, ob der Versuch ein tauglicher oder untauglicher ist. Eine Willensfrage ist das nicht. Eine Willensfrage aber ist es, ob der Verbrecher überhaupt handeln will oder nicht. Der Wille des Handelnden ist böse, sei die Vorstellung von der Aussenwelt nun richtig oder falsch. Vom Standpunkt des Täters aus ist es ein Zufall, ob er sich täuscht oder nicht: man räumt aber dem Zufall eine ganz unermessliche, den modernen Straf-

[1]) Vgl. Brunner, Quellen und Geschichte des deutscheu Rechts (Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von v. Holtzendorff, fortgeführt von Josef Kohler, I. Bd., 1904) S. 180 und Allfeld, Lehrbuch, S. 52/53.

[2]) Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung X (1902), S. 480 (Seuffert) S. 491, 493, 494 (Harburger), hiegegen Cohn, die Haftung für den Erfolg im Strafrecht (Juristische Wochenschrift XXXII, Jahrgang 1903. S. 286 ff.).

prinzipien direkt widersprechende, Bedeutung ein, wenn man nur den sogenannten tauglichen Versuch, der eben in jedem konkreten Fall ebenso untauglich ist wie ein sogenannter absolut untauglicher Versuch, straft.

Anmerkung: Wenn man in der angeführten Weise das Gemeinsame von Recht und Moral gegenüber der äusseren Tat betont, so kommt man zu befriedigenden Resultaten in der Frage nach dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit beim Vorsatz.

„Keine Strafe ohne Schuld!“ [1]) Ist „Ethik“ der Oberbegriff gegenüber den Unterbegriffen Individual- und Sozialethik, so muss es auch einen entsprechenden Oberbegriff „Schuld“ geben. Schuld setzt Kenntnis des Verbots voraus. Schuld im Strafrecht ist also Betätigung des verbrecherischen Willens trotz des Bewusstseins, dass eine solche Betätigung verboten ist. Nun spricht man ja davon, der Verbrecher müsse das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit haben. Dies ist wohl nicht ganz richtig: Für den Oberbegriff „Schuld“ muss es ganz gleichgiltig sein, aus welcher Quelle das Verbot fliesst, ob aus der Individualethik oder aus der Sozialethik: auf den Willen allein kommt es an, und böse ist der Wille, sobald er irgend ein Verbot, das er kannte, nicht beachtete; als Quelle des Verbots können der Anstand, die Sitte und alle möglichen „Kulturnormen“ in Betracht kommen.[2])

Um als vorsätzlicher Täter strafbar zu sein, ist also nur nötig, dass der Verbrecher objektiv den vom Strafgesetz verpönten Tatbestand ins Leben gerufen hat, und subjektiv, dass dem Verbrecher sein Verhalten aus irgend einem Grunde verboten schien. Das ist unumgänglich notwendig, dass der Verbrecher eine Norm kannte, die sein Verhalten verbot: „Schuldig“ muss der Verbrecher immer sein; das Bewusstsein der „Rechts“widrigkeit braucht er nicht zu haben.

Bedenkt man, dass die ganz überwiegende Mehrzahl der im Gesetz unter Strafe gestellten Tatbestände dem Einzelnen

[1]) Über diese Frage vgl. besonders die Rektoratsrede Allfelds, „Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht“, 1904.

[2]) Bei etwaigen Pflichtencollisionen geht natürlich das staatliche Gebot vor, Allfeld S. 21; auf die zutreffenden Ausführungen Allfeld's S. 20 wird Bezug genommen.

wenn auch nicht gerade als durch das Recht verboten, so doch als „unsittlich", „unanständig" usw. bekannt ist, so ist es verständlich, wenn auch falsch, dass man soweit ging, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit garnicht zu fordern; so viel aber ist richtig: Für die Rechtskenntnis spricht eine natürliche Vermutung.[1]) — Frank hat in den früheren Auflagen seines Kommentars die Ansicht vertreten, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sei nicht positives Tatbestandsmerkmal, aber das Fehlen der Rechtswidrigkeit negatives Tatbestandsmerkmal. Er hat diese Ansicht, wohl infolge der Polemik Beling's[2]) aufgegeben. In der hier vertretenen Weise ausgelegt, hat diese Ansicht einen guten Sinn: Bewusstsein der „Rechts"widrigkeit ist nicht nötig; die Kenntnis irgend eines Verbotes, es braucht kein rechtliches zu sein, genügt; aber vollständiger Mangel irgend einer Verbotskenntnis macht eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Täterschaft unmöglich.

Wir haben im vorstehenden die objektive Theorie in ihre Elemente zerlegt, haben gesehen, dass die bedeutendsten objektiven Theorien auf die Frage hinauslaufen, welche Bedeutung dem Objekt des Verbrechens zukommt, und haben erkannt, dass die Lösungsversuche der Objektivisten heute keine Geltung mehr haben. Die Objektivisten haben die Bahn, auf die sie von Feuerbach und der Gütertheorie gewiesen wurden, nicht mehr verlassen, sondern nur in Einzelheiten ihre Theorien verbessert und vervollkommnet. Bis die wichtigste Form der objektiven Theorie, die „Gefahr"-Theorie durch die von Kries'schen Ausführungen ihr vorzüglichstes Beweismittel nach jahrhundertlangem Umherirren in die Hände bekam, hatte sie sich überlebt.

§ 6. **Bemerkungen zu dem gewonnenen Resultate.**

Also — der absolut untaugliche Versuch ist straflos. Das Verbrechen richtet sich in allererster Linie gegen den Staat. Der Versuch ist hierin der Vollendung ebenbürtig; wollen wir

---

[1]) Allfeld, S. 27.

[2]) Lehre vom Verbrechen, S. 37/38.

den Unterschied beider erkennen, so brauchen wir blos des Wahnverbrechens zu gedenken und von dort aus Versuch und Vollendung betrachten: der Versuch ist das konträre Gegenstück zur Vollendung, das kontradiktorische Gegenteil beider bildet das Wahnverbrechen, Nichtverbrechen.

Der Weg, auf dem wir zu dem Resultate gelangten, war nicht der, dass wir die objektive Theorie in Einzelheiten bekämpften und damit die Richtigkeit der subjektiven Theorie bewiesen, sondern wir haben die subjektive Theorie auf eigener Grundlage aufzubauen versucht. Dadurch, dass wir den Zusammenhang der objektiven Theorie mit der Vergangenheit und der subjektiven Theorie mit der Gegenwart aufzuzeigen versuchten, sind wir vom üblichen Wege ein wenig abgewichen. Man kann nicht sagen, eine der beiden Lösungen, die subjektive oder die objektive, sei „an und für sich falsch"; beide sind eben historisch bedingt, und damit ist gesagt, dass für die eine der beiden Theorien in der Gegenwart kein Platz mehr ist; dieses Schicksal trifft u. E. die objektive Theorie. Gegen einen derartigen Lösungsversuch, wie wir ihn unternommen haben, lassen sich natürlich mancherlei Einwände geltend machen. Im nachfolgenden sollen ein paar Einwände, die gegen unsere Lösung sowie gegen die subjektive Theorie überhaupt vorgebracht werden können, behandelt werden.

I. Man wird sagen: die Argumente, die hier als für die Bestrafung des absolut untauglichen Versuchs sprechend vorgetragen wurden, sind, abgesehen davon, dass sie auf dem Gebiete des Strafrechts ja recht umstritten sind, noch verhältnismässig neu, und der Gesetzgeber ging bei Schaffung des Strafgesetzbuchs seinerzeit zweifelsohne nicht von derartigen Erwägungen aus. Derartige Erwägungen mag man de lege ferenda pflegen, de lege lata ist solches verfrüht und unzulässig; die erste Quelle des Rechts, das Gesetz, darf nicht in dieser Weise, erweiternd, interpretiert werden. — So lange eine Auslegung dem Gesetzestext nicht direkt widerspricht, ist sie auch zulässig. Warum ein Gesetz, während dessen Dauer ganz neue Anschauungen auftreten, nicht auch im Sinne dieser Anschauungen zu interpretieren sei, ist nicht einzusehen. Die Auslegung kann unmöglich ein für allemal auf das

wissenschaftliche Niveau beschränkt sein, das zur Zeit der Entstehung des Gesetzes bestand. Einzelne Begriffe des Gesetzes variieren ja auch, wie z. B. „Beleidigung", und zwar nicht nur in lokaler sondern auch in zeitlicher Beziehung; warum soll nicht auch die Anschauung über das Wesen der strafbaren Handlung sich ändern können? Die üblichen Überschriften im Strafgesetzbuch „Verbrechen und Vergehen wider das Leben, wider die persönliche Freiheit" usw. widersprechen unserer Anschauung nicht; man hat nur zu beachten, dass in Hinsicht auf das Unterbleiben einer strafbaren Handlung das Interesse des Staates durchaus das primäre ist. Dass § 43 StGB. der subjektiven Auslegung keine Schwierigkeiten macht, ist klar.

II. Wir haben im Laufe unserer Untersuchung den Fällen des Mangels am Tatbestande („Diebstahl" an eigener Sache, Eingehen einer neuen Ehe im Glauben, die alte bestehe noch) keine besondere Beachtung geschenkt, denn ihre Behandlung geht im Allgemeinen mit der Stellung zur untauglichen Versuchs-Frage Hand in Hand. Sie müssen u. E. als Versuch bestraft werden, denn bei ihnen tritt ja, weil eine grosse Tatseite vorliegt, die verbrecherische Gesinnung gerade recht hervor. Das Strafgesetzbuch legt der Art, wie die verbrecherische Gesinnung sich betätigte, viel grössere Bedeutung bei als dem „Erfolg" des Delikts: Für den Eigentümer ist eine Sache verloren, ob sie gestohlen (§ 242 StGB.) oder zerstört (§ 303 StGB.) wurde; die betätigte Gesinnung allein rechtfertigt den Unterschied im Strafmass; man vgl. § 222 mit § 211 StGB. Diese Gesinnung ist beim „Stehlen" einer zufällig eigenen Sache zur Genüge betätigt. Wenn man übrigens den Diebstahl an eigener Sache straflos lassen würde, käme man zu folgendem unmöglichen Resultat: Angenommen, der Dieb und sein Freund gehen auf den Jahrmarkt. Im Scherz hat vor einiger Zeit der Freund des Diebes Messer an sich genommen und in die Rocktasche gesteckt, ohne dass der Dieb darum wusste. Mitten im Marktgedränge kommt den Dieb der Gedanke an, seinen Freund zu bestehlen. Er macht verschiedene Versuche, in die Rocktasche zu greifen, die misslingen. Endlich gelingt es: aber ehe der Dieb das in der Tiefe der Tasche sich befindliche Messer erwischt, hält ihm ein Schutzmann, der ihn beobachtet hat, den Arm fest. Tatbestand: Diebstahlsversuch.

Hätte der Dieb das Messer erwischt, so hätte er sich straffrei „stehlen“ können.[1])

Neuerdings hat man[2]) es wieder als Willkür bezeichnet, wenn die Fälle des Mangels am Tatbestande als Versuch behandelt werden. Eine derartige Interpretation des § 43 sei unzulässig. — Der Ausdruck Mangel am Tatbestand ist dem Gesetz nicht bekannt. Und wenn gefragt wird, ob der Mangel am Tatbestand als Versuch i. S. des § 43 zu behandeln sei, so kann nicht einfach verneinend darauf hingewiesen werden, dass sich zwischen dem normalen Versuch und dem Fall des Mangels am Tatbestand begriffliche Unterschiede aufzeigen lassen, sondern dann ist weiterhin zu prüfen, ob diese Unterschiede wesentlich und von solcher Bedeutung sind, dass sie eine Andersbehandlung der Fälle des Mangels am Tatbestand erfordern. Erwägungen folgender Art haben uns neben dem bereits Ausgeführten eine Gleichbehandlung von Versuch und Mangel am Tatbestand nahe gelegt: Oben bei der Kausalität — man könnte aber gerade so gut irgend ein anderes beliebiges Gebiet nehmen — hat sich eine doppelte Betrachtungsweise als möglich erwiesen. Entweder hält man sich (wie das Reichsgericht) an einen einzelnen Fall (Versuch) und seziert ihn und findet, dass von Gefahr keine Rede sein könne, eben weil ja bloss ein Versuch vorliege. Oder man nimmt die menschliche Erfahrung, die Geschichte zu Hilfe, man vergleicht mehrere Fälle und findet, dass von Gefahr gesprochen werden könne, trotzdem im konkreten Fall ein Erfolg nicht eintrat. Sobald man sich das Bild der Gefahr aus allernächster Nähe mit der Lupe betrachtet, sieht man nur Farbpigmente und kein einheitliches Bild; sobald man sich weiter wegstellt, tritt das Bild klar hervor. Bei der Interpretation gibt es zwei ähnliche Betrachtungsweisen: Entweder geht man vom Buchstaben des Gesetzes aus, sich möglichst eng an ihn haltend, und deduziert möglichst konsequent, als alleinigen Masstab die zu allem taugliche Logik gelten lassend, oder man geht von der Geschichte, der menschlichen Erfahrung aus, und sucht Gemeinsames gemeinsam zu behandeln, soweit nicht das Gesetz

[1]) Das Objekt beim Diebstahl ist die Achillesferse der objektiven Theorie (v. Buri); vgl. auch Cohn, Versuch, S. 447 ff.

[2]) Graf zu Dohna, Der Mangel am Tatbestand, 1910.

dagegen spricht. Dass materiell d. h. als Betätigungen des verbrecherischen Willens Versuch und Mangel am Tatbestand nebeneinander stehen, darf wohl nach unserer Entwicklung der subjektiven Theorie als bewiesen gelten; warum aber neben diese materielle Gleichstellung nicht auch eine formelle Gleichbehandlung als Delikte i. S. des § 43 StGB. treten soll, ist unverständlich. § 43 StBG. widerspricht unserer Auslegung nicht, also darf er auch so ausgelegt werden; die geringen begrifflichen Unterschiede verschwinden gegenüber dem gemeinsamen Verbrecherischen.

III. Delaquis beklagt sich darüber, dass keiner der Subjektivisten ausser Eisenmann[1]) konsequent genug gewesen sei, Fälle wie das Totbeten — Jemand glaubt einen Andern dadurch töten zu können, dass er betet, der Andere möge sterben[2]) — als untaugliche Versuche zu strafen. Und ungezählte Male ist auch als Argument gegen die Brauchbarkeit der subjektiven Theorie angeführt worden, „konsequent" müssten die Subjektivisten das Totbeten als Mordversuch strafen; denn der Totbeter habe seine verbrecherische Gesinnung in genügender Weise betätigt. Delaquis stellt in dankenswerter Weise alle die Gründe zusammen, die die subjektive Theorie gegen die Notwendigkeit dieser Konsequenz ins Feld führte.

Man sei vorsichtig mit dem Vorwurf der Inkonsequenz. Die Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit dem Recht und seinen Beziehungen zum Leben. Wenn ein Jurist diese beiden Dinge zur Darstellung bringen will — und das will im Grunde Jeder — so tut er es in einem System. Nach vielleicht sehr langem Suchen stellt er ein oberstes Prinzip auf, mit dem er die Rätsel des Rechts und des Lebens lösen zu können glaubt. Allein dieses Bild von der Wirklichkeit ist nicht die Wirklichkeit selbst; die Formel, die das Leben voll und richtig fasst, ist noch nicht gefunden. Fehler werden immer vorkommen. Gerade an den aus dem obersten Prinzip gezogenen fernsten Folgerungen werden Unrichtigkeiten zu Tage treten. Damit, dass diese letzten Konsequenzen nicht zu billigen sind, ist noch lange

[1]) Die Grenzen des strafbaren Versuchs, in Z XIII, S. 454 ff.
[2]) Vgl. E XXXIII, S. 323.

nicht gesagt, dass das Prinzip selbst und das ganze System wertlos seien. Damit, dass die Subjektivisten „konsequent“ zur Bestrafung des Totbetens kommen müssten, ist noch lange nicht gesagt, dass das Totbeten strafbar ist, und ist aber auch noch lange nicht bewiesen, dass die Grundgedanken der subjektiven Theorie unbrauchbar sind. Rein „logisch“ gefolgert müssten die Subjektivisten zweifelsohne zur Bestrafung des Totbetens kommen; darin haben die Objektivisten und Delaquis und Eisenmann ganz recht. Allein die leere formale Logik ist eben nicht der Masstab, mit dem man, ohne weiteres urteilend, an das Recht und an das Leben herantreten darf: der Einzelne kann nicht als Einzelner leben, sondern er ist mit den ihn umgebenden Menschen, mit der Gesellschaft, in der er lebt, durch die Sprache, durch die Sitte, durch tausend Fäden verknüpft. Tut er nun etwas wie Totbeten oder Wallfahrten machen in der Hoffnung, dadurch einen Andern töten zu können, also etwas, was jedem Dritten widersinnig erscheint, so sagt er sich damit von den selbstverständlichsten Wahrheiten, die sonst jedem andern Menschen gang und gäbe sind, los. Er tut, als ob er aus anderem Fleisch und Blut sei, als ob er andere Kräfte in Bewegung setzen könnte, als seine Nebenmenschen. Er leugnet seine Beziehungen zur Gesellschaft. Sollte das strafbar sein? Hat der Staat irgend einen Grund hier einzuschreiten? Der Totbeter kämpft ja nicht gegen die „Lebensbedingungen der Gesellschaft“.[1]) Der Wille eines solchen Menschen ist sicher „böse“; aber seine Tat kann man mit den Interessen des Staates nicht in Berührung bringen. Was „tut“ der Totbeter eigentlich? Er bildet sich ein, er verfüge über andere Kräfte als seine Nebenmenschen, und das ist sicher nicht strafbar. — Wir haben oben auf den Zusammenhang des Einzelnen mit dem Staat als wesentliche Grundlage der subjektiven Theorie hingewiesen; derselbe Zusammenhang hat uns gezeigt, dass der Totbeter straflos ist. „Konsequent“ also, könnte man sagen, führt die subjektive Theorie nicht zur Bestrafung sondern zur Straflosigkeit des Totbetens.

---

[1]) Ihering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl., 1893/99, Bd. 1, S. 490 und Jellinek, Sozialethische Bedeutung, S. 56.

Drittes Kapitel:

§ 7. Das Wahnverbrechen und der untaugliche Versuch. Bemerkungen de lege ferenda.

Der absolut untaugliche Versuch ist strafbar, also bleibt für das Wahnverbrechen nur jenes Gebiet übrig, das ihm noch nie (vgl. oben § 2, I) streitig gemacht worden ist.

I. Wodurch unterscheidet sich das Wahnverbrechen vom untauglichen Versuch?[1]) Äusserlich dadurch, dass es nicht strafbar ist. Zieht man aber jene Gesichtspunkte, die uns bei der Lösung der Versuchsfrage von Bedeutung schienen, zum Vergleiche herbei, so ergibt sich folgendes: Der Wahnverbrecher ladet sich eine Schuld auf den Hals; der Wille des Wahnverbrechers ist „böse", weil er ein Gebot, dessen Vorhandensein der Wahnverbrecher annimmt, bewusst ausser Acht lässt. Liegt beim Wahnverbrecher eine Betätigung des bösen Willens vor? Gewiss! Die Psyche und die Betätigung des Willens ist beim Wahnverbrecher dieselbe wie beim eigentlichen Verbrecher. Die Schuldform ist dieselbe, aber der Inhalt ist verschieden. Die äussere Tat des Wahnverbrechers ist vom Staat nicht verpönt, widerstrebt nicht dem Interesse des Staats. Hier tritt die selbstständige Bedeutung der Tatseite und des Objekts beim Verbrechen zu Tage. Alle Schuld hilft nichts, wenn nicht die Tat selbst vom Gesetz verboten ist; ist diese aber einmal verboten und auch der Versuch strafbar, so genügt jede Betätigung des verbrecherischen Willens, die nicht blos Vorbereitungshandlung ist.

II. Der Wahnverbrecher und der Totbeter unterscheiden sich dadurch, dass der erstere sich und sein Tun richtig beurteilt, dagegen bezüglich des objektiven Rechts sich irrt; der letztere dagegen ist über das objektive Recht in keinem Irrtum befangen, er weiss, dass der Erfolg, den er erstrebt, vom Recht verpönt ist, aber er beurteilt sein eigenes Tun falsch. Der Wahnverbrecher kämpft gegen eine Welt, die nicht besteht,

[1]) Ein genauer Vergleich von Wahnverbrechen, Totbeten und untauglichem Versuch in formaler Beziehung findet sich in den auf S. 1 erwähnten Arbeiten; ein Eingehen unsererseits auf die begriffliche Scheidung würde nichts Neues bringen, wir unterlassen es daher unter Verweisung auf die obigen Arbeiten.

und der Totbeter arbeitet mit Mitteln, die in unserer Welt einfach nicht vorhanden sind. Jeder von beiden ist ein Don Quijote unter den Verbrechern.

De lege ferenda treten wir für eine prinzipielle Bestrafung des absolut untauglichen Versuches ein; Wahnverbrechen und Fälle des Totbetens aber sind straflos zu lassen.

Undenkbar wäre es, wie Frank in der „vergleichenden Darstellung“ ausführt, nicht, wenn auch der Totbeter und der Wahnverbrecher bestraft würden; aber man wird sich wohl überlegen, ob man den Gedanken, dem Willen gegenüber der Tat die ausschlaggebende Bedeutung beizulegen, in dieser Schärfe zum Ausdruck bringen will. Summum jus bedeutet immer auch summa iniuria.

Man setze nun den Fall, der Gesetzgeber folge der objektiven Theorie und lasse den sog. absolut untauglichen Versuch straflos. Wird man dann nicht später sagen können, unsere heutige Anschauung vom Staat und vom Recht sei falsch; denn wenn unsere Theorie richtig gewesen wäre, dann hätte ja der Gesetzgeber bestimmt zur Bestrafung des untauglichen Versuches kommen müssen? — Würde das kommende Gesetz den untauglichen Versuch straflos lassen, so wäre damit nicht gesagt, dass unsere Grundlage, auf der wir aufbauten, falsch sei, sondern das hiesse blos, dass das Gesetz im Punkte „untauglicher Versuch“ unsere Anschauungen nicht akzeptiere. Heute aber, wo das Gesetz über den untauglichen Versuch schweigt und sich nicht gegen unsere Anschauungen ausspricht, dürfen wir sicherlich die Resultate unserer Betrachtungsweise als Beweismittel für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ins Feld führen. Ein Abweichen der Gesetzgebungspraxis von den Ergebnissen der Theorie ist häufig, ohne dass darum die Theorie „falsch“ wäre oder gar erst nachträglich würde. So entsprach z. B. der naturrechtlichen Zeit die Bestrafung nur des gefährlichen Versuchs i. S. Feuerbach's mehr als die Bestrafung jedes, auch des absolut untauglichen, Versuches, und doch ist die Praxis jener Zeit „inkonsequent“ genug gewesen, im § 9 des Josefinischen Strafgesetzbuchs den absolut un-

tauglichen Versuch zu bestrafen und in der französischen Revolution die Bestrafung des absolut untauglichen Versuches wenigstens anzustreben.[1])

Nimmt das neue Strafgesetzbuch — wie es den Anschein hat[2]) — den Gedanken auf, dass der absolut untaugliche Versuch zu strafen sei, so ist damit noch nicht gesagt, dass für jeden absolut untauglichen Versuch auch wirklich die entsprechende Strafe verbüsst wird. Bedenkt man, dass bei Bestrafung des untauglichen Versuchs der Wille des Täters sehr stark betont wird, so wird man auch genötigt sein, der Psyche des Täters überhaupt volle Beachtung zu schenken. Bedenkt man ferner, dass der Irrtum beim untauglichen Versuch oft in einer geistigen Beschränktheit oder in Unerfahrenheit des Täters seinen Grund hat, so wird man sich häufig, trotz des „Schuldig" zu besinnen haben, ob es auch wohlgetan ist, den Täter seine Strafe abbüssen zu lassen. Und so ist trotz prinzipieller Strafbarkeit des untauglichen Versuchs es sehr wohl möglich, dass praktisch so

[1]) § 9 des Strafgesetzbuchs (Josef II) von 1787 lautet: „Obschon der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch kein Kriminalverbrechen sind so ist doch zum Verbrechen nicht nöthig, dass die Übeltat wirklich ausgeführt werde. Schon der Versuch der Übeltat ist ein Kriminalverbrechen, sobald der Bösgesinnte zur wirklichen Ausübung derselben sich angeschicket und sein Vorhaben durch äusserliche Kennzeichen und eine Handlung offenbaret hat, die That aber in der Folge nur aus Unvermögen, aus dazwischen tretenden fremden Hindernissen oder aus Zufall nicht vollbracht worden ist. Vgl. Stooss, Das Josefinische Strafgesetzbuch in den belgischen Niederlanden, Z 28 (1908), S. 22 ff., S. 24.

Das französische Gesetz vom 22 Prairial des Jahres IV der Republik hat sich auf den objektiven Standpunkt in der Versuchsfrage gestellt. Der Code pénal hat diesen Gesetzestext, kaum merklich abgeändert, in art. 2 übernommen und sich so ebenfalls der objektiven Theorie angeschlossen. (Vgl. Stooss a. a. O. S. 27.) Aber bei der am 5 Floréal IV stattgehabten Beratung des Gesetzentwurfs im Rat der Fünfhundert wies der Berichterstatter, der Subjektivist war, und dem offenbar naturrechtliche Gesichtspunkte als gegen den Subjektivismus sprechend entgegengehalten wurden, auf den § 9 des Josefinischen Gesetzbuches hin: Dans un code public avant la révolution française, code où la philosophie pouvoit déjà s'applaudir d'avoir fait triompher quelquefois des droits de l'humanité je lis aussi ces paroles remarquables . . . (folgt eine Übersetzung des § 9); vgl. Eisenmann, Grenzen des strafbaren Versuchs, S. 517, Anmerkung No. 197.

[2]) „Begründung", Allg. Teil, S. 281 ff. Aus dem Gesetzestext, (§ 75₁) geht es nicht klar hervor.

glückliche Resultate gezeitigt werden, wie von Bar[1]) sie wünscht und Allfeld[2]) sie bietet. Diese Entscheidungen können, die entsprechende Individualität des Täters vorausgesetzt, im Resultat von jedem Subjektivisten anerkannt worden, und die Forderung, dass ein bösartiger, zu allem fähiger Lump, der glücklicher- aber irrtümlicherweise ein untaugliches Objekt angreift, wegen Versuchs erheblich bestraft wird, sollte auch für Objektivisten, die auf das Gefahrprinzip sich nicht direkt verschworen haben, annehmbar sein.

---

[1]) v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 2. Bd., 1907, S. 487 ff., 491 besonders S. 531 ff.

[2]) Allfeld, S. 176/177, Anmerkungen. De lege lata sind wir anderer Ansicht als Allfeld.